



LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

MATTHIAS KLATT
MORITZ MEISTER



LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 301

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Miguel López Ruiz

Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez

Formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez

Elaboración de portada

MATTHIAS KLATT
MORITZ MEISTER

LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

Traducción, edición y estudio preliminar de
RUBÉN SÁNCHEZ GIL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS
SENADO DE LA REPÚBLICA / LXIII LEGISLATURA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN
México, 2017

Título original: “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, en Klatt, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 62-104. Publicado anteriormente de manera abreviada en *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 51, núm. 2, febrero de 2012, pp. 159-188.

Los autores y el traductor agradecen cordialmente a las editoriales Mohr Siebeck y Duncker & Humblot su amable autorización para esta traducción.

Primera edición: 3 de febrero de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8675-9



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Pedro Salazar Ugarte

Secretario académico

Francisco Ibarra Palafox

Secretario técnico

Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho



DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS

Defensor

Alfredo Sánchez Castañeda

Defensor adjunto

Daniel Márquez Gómez

Defensor adjunto

Israel Enrique Limón Ortega



COMISIÓN DE BIBLIOTECA Y ASUNTOS EDITORIALES

Presidente

Sen. Adolfo Romero Lainas

Secretaria

Sen. Marcela Guerra Castillo



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN

Rector

José de Jesús Williams

Abogado general

Renán Ermilo Solís Sánchez

Director de la Facultad de Derecho

Carlos Alberto Macedonio Hernández

Secretaría académica de la Facultad de Derecho

Lucely Martina Carballo Solís

CONTENIDO

Estudio preliminar	XI
Rubén SÁNCHEZ GIL	
Introducción	3
CAPÍTULO PRIMERO	
DERECHOS FUNDAMENTALES, INTERESES	
Y TRIUNFOS	11
I. Notas iniciales.	11
II. Primacía de los derechos fundamentales	14
III. Protección efectiva	18
IV. Conclusión	21
CAPÍTULO SEGUNDO	
PROPORCIONALIDAD Y MORAL	23
I. Notas iniciales.	23
II. La tesis del caso especial	25
III. Justificaciones interna y externa	27
IV. Ponderación y argumentación moral	29
CAPÍTULO TERCERO	
EL PROBLEMA DE LA INCONMENSURABILIDAD.	33
I. Falta de cuantificabilidad	34

II. Falta de parámetro de comparación	37
III. Falta de neutralidad moral	40
IV. Falta de necesidad de la ponderación	41
V. Conclusión	42
CAPÍTULO CUARTO	
OBJECIONES ADICIONALES	45
I. La ponderación como cálculo	45
II. Interpretación amplia	47
CAPÍTULO QUINTO	
ANÁLISIS DE CASO	55
I. Notas iniciales	55
II. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	56
III. Fin legítimo	58
IV. Idoneidad	61
V. Necesidad	61
VI. Ponderación	63
1. Ponderación incorrecta	63
2. Ponderación correcta (dimensión negativa/deber de respeto)	64
3. Ponderación correcta (dimensión positiva/deber de protección)	68
VII. Nota final	72
Conclusiones	73
Fuentes doctrinales	77
Acerca de los autores	89

ESTUDIO PRELIMINAR

Rubén SÁNCHEZ GIL

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad es una figura que paulatinamente se ha reconocido en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha empleado cada vez con mayor precisión. Nuestro país ya cuenta con un incipiente acervo doctrinal que estudia este concepto desde el punto de vista teórico y con una perspectiva dogmática que analiza diversas resoluciones del máximo tribunal.

Sin embargo, en la discusión mexicana hace falta mucho para conocer el examen de proporcionalidad con suficiente claridad y difusión, y apreciar su utilidad. El conocimiento en México de este principio generalmente se reduce a la “ponderación”, tenida por un simple “balanceo” de los bienes jurídicos que intervienen en una determinada situación, efectuado al tanteo y según el leal saber y entender del operador jurídico. En nuestro país ni siquiera hemos entrado al debate —añejo ya en otras partes— sobre los detalles de la proporcionalidad y de la “ponderación”, y menos aún a impugnar con razones atendibles la deficiente racionalidad que se atribuye a este procedimiento. No pocas veces la discusión en torno a esta figura se limita a su admisión como concepto jurídico válido.

Considerando lo anterior, me parece de suma importancia la publicación en México del estudio de los juristas alemanes Matthias Klatt y Moritz Meister al que anteceden estas líneas.

La proporcionalidad como principio constitucional universal no solamente explica esta figura y propone su empleo en la argumentación de derechos fundamentales. Se trata, sobre todo, de una férrea y vehemente defensa del principio de proporcionalidad y de su empleo en el juicio constitucional —inscrita además en un amplio debate mundial—, porque demuestra su justificación y su utilidad no sólo teóricamente, sino también en *términos prácticos* que interesan en especial a los *jueces* y a los *abogados*.

Para el sistema jurídico mexicano es pertinente acudir a la dogmática alemana sobre el principio de proporcionalidad, porque esta figura fue desarrollada en el referido ámbito, donde ha alcanzado la más sofisticada de sus elaboraciones y se ha sometido a una muy intensa discusión. El principio de proporcionalidad de cuño germano “migró” a diferentes jurisdicciones alrededor del mundo, que lo han adoptado con algunas adecuaciones, como la mexicana, que siguió el modelo español, el cual hizo lo propio con el alemán;¹ sin contar la gran influencia ejercida por la teoría de los principios de Robert Alexy en nuestro país como en toda Iberoamérica. Por tanto, como fuente “indirecta” —pero *fundamental*— del principio de proporcionalidad empleado en México, conviene atender el desarrollo doctrinal alemán de este tema (y el de muchos otros más).

Los autores del estudio presentado están afiliados a la reconocida escuela de Alexy. Matthias Klatt (Hannover, 1973) obtuvo el grado de doctorado con una tesis dirigida por el profesor de Kiel, que constituye una importante aportación a la argumentación jurídica, ya que explora a profundidad el llamado “límite del tenor literal” como parámetro interpretativo;² es profesor en la Universidad de Graz, Austria, donde mantiene un muy acti-

¹ Cfr. Alvez, Amaya, “¿*Made in Mexico?* El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LX, núm. 253, enero-junio de 2010, pp. 374, 375 y 381.

² *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

vo seminario dedicado a temas relativos a la teoría jurídica y a los derechos fundamentales; además, es autor de libros y ensayos dedicados a distintos aspectos de la proporcionalidad y de la ponderación. Moritz Meister (Heidelberg, 1982) es un joven jurista que se doctoró con una tesis que constituye una importante aportación dogmática, pues explica a detalle el sistema de protección de la libertad de la Ley Fundamental alemana y su estructura normativa,³ trabajo a su vez dirigido por Klatt, con quien ha colaborado en distintos proyectos; este autor actualmente ejerce como abogado en Fráncfort del Meno.

Los someros datos biográficos de los autores del ensayo que estas reflexiones preludian también refieren una característica muy señalada de la Universidad germana: la formación de escuelas intelectuales, y la transmisión del conocimiento y la colaboración entre sus “generaciones académicas”. De hecho, el mencionado trabajo es una de las contribuciones a un reciente volumen colectivo sobre la indicada teoría del profesor de Kiel y la ponderación, junto con otros ensayos de académicos “identificados como teóricos principialistas desde hace muchos años” y de “los primeros representantes de la «generación de nietos» científicos de la teoría de los principios de Alexy”.⁴

El presente estudio busca familiarizar al lector mexicano con el marco teórico y dogmático del principio de proporcionalidad, para que comprenda mejor el destacado trabajo que anuncia. Por su especialización, éste sólo adquiere pleno sentido cuando se tiene conocimiento previo del tema y se han hecho ciertas precisiones.

Agradezco la gran amabilidad que los doctores Klatt y Meister me prodigaron para traducir, editar y presentar su relevante estudio, que es fruto de un esfuerzo conjunto que han mantenido

³ *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011.

⁴ Klatt, Matthias, “Vorwort”, en *idem* (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, p. V.

ya por cierto tiempo.⁵ Su entusiasmo, plena disposición, invaluable ayuda, y en especial la paciencia que me tuvieron para culminar esta empresa de la manera más “proporcionada” al elevado mérito de su trabajo que me fue posible, fueron decisivos para que el lector tenga ahora este volumen en sus manos.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *Aspectos generales*

A. *Nociones elementales*

Contra una difundida opinión, el principio de proporcionalidad no es “hijo del constitucionalismo de nuestra época”, aunque ciertamente sus postulados teóricos —en particular los que Alexy ha sentado— forman un ambiente propicio para él y lo han explicado con máxima precisión.⁶ La proporcionalidad ya se empleaba en la jurisprudencia administrativa alemana desde antes de la Pri-

⁵ De gran importancia como fruto de su labor coautoral sobre este tema es *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁶ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 66 y 85. Una reciente crítica intenta desligar el principio de proporcionalidad de la teoría de los principios alexiana, sin tomar en cuenta que aquél no se desprende de ésta o del “neoconstitucionalismo” en general, sino que guarda con ellos el vínculo que acabo de manifestar; se trata de la réplica de Philipp Reimer a una primera versión (*infra*, nota 83) del estudio que introducen estas líneas, formulada en “... ‘Und machet zu Jüngern alle Völker’? Von ‘universellen Verfassungsprinzipien’ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 52, núm. 1, enero de 2013, pp. 27, 30-31 y 39 (señalando que “la ponderación de la teoría de los principios es algo completamente diferente a la clásica proporcionalidad”).

mera Guerra Mundial, pero es cierto que luego de la Segunda su uso se incrementó considerablemente.⁷

Esta idea es uno de los más relevantes conceptos que aprenden los *estudiantes* en Alemania por su gran importancia en la práctica profesional, y en especial constituye un *exitosísimo artículo de exportación* de la ciencia jurídica germana.⁸ Tocante al último aspecto, ha quedado muy claro que la proporcionalidad “resulta ser un terreno fértil a nivel mundial para el florecimiento de la citación de precedentes extranjeros”,⁹ con la cual tiene lugar un “diálogo” entre jurisdicciones constitucionales —e internacionales de derechos humanos— que construye un *ius constitutionale commune* del cual dicho principio es integrante a carta cabal.

El principio de proporcionalidad hoy se emplea casi exclusivamente para determinar los alcances de los derechos fundamentales entre sí o frente a otros principios constitucionales; por este motivo, me referiré en adelante a la vinculación entre dicho principio y tales derechos. Pero de manera mucho menos frecuente, la proporcionalidad también sirve a la aplicación de otros

⁷ Hartwig, Matthias, “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un “ius constitutionale commune” en América Latina?*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2010, t. I, p. 782.

⁸ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat*, Múnich, C. H. Beck, año 54, núm. 3, marzo de 2014, p. 193. Sobre la “exportación” de este principio véanse también Grimm, Dieter, “Die Karriere eines Boykottaufrufs”, *Die Zeit*, Hamburgo, núm. 40, 27 de septiembre de 2001, p. 11, § 28, <http://bit.ly/2bGHZ96>; y Häberle, Peter, “Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, vol. I, pp. 329 y 330.

⁹ Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire, “Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future”, en *idem* (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013, p. 429.

aspectos “orgánicos” como la delimitación de las competencias entre los órganos estatales, o entre la Federación y las entidades federativas.¹⁰ Es un principio de amplia aplicación, pues por su medio pueden apreciarse distintos actos jurídicos como políticas públicas, decisiones administrativas, resoluciones judiciales y, por supuesto, normas generales, especialmente leyes en el más estricto sentido.¹¹

En Alemania este principio goza de *rango constitucional*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal lo desprendió del principio de “Estado de derecho” (*Rechtsstaatsprinzip*) —que conlleva “corrección o justicia materiales”—,¹² y “ya en el fon-

¹⁰ Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 781. Salvo por BVerfGE 98, 265, que no pude revisar, a mi parecer los precedentes alemanes que este autor cita para afirmar el uso “orgánico” de la proporcionalidad no son idóneos para ello —de hecho, *idem* 81, 310 (338) va contra él—; pero sí lo es uno reciente sobre dicho principio como criterio de licitud de la exclusión de diputados minoritarios de los comités parlamentarios: BVerfG, 2 BvE 1/11, 22 de septiembre de 2015, § 98, <http://bit.ly/1RkZl81>. Dicho empleo puede suponerse por la posible existencia de principios constitucionales de esa naturaleza, diferentes a los derechos fundamentales que son de orden “dogmático”; *cf.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 74, 86 y 110. Un ejemplo mexicano ilustra esta cuestión: en las controversias constitucionales 14/2004, 13/2006 y 15/2006, el Pleno de la Suprema Corte estableció la *vinculatoriedad dialéctica* inherente a la propuesta municipal de su propia ley de ingresos, que impide la arbitrariedad del legislador al *incrementar de modo directamente proporcional* su deber de justificar sus modificaciones al proyecto municipal como más apartadas estén de él; siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán pienso que ésta es una aplicación mínima de la proporcionalidad, pues con ella “[l]a pretensión de tutela jurídica del [municipio] será tanto más fuerte y tanto menos deberá retroceder, como más onerosa sea la carga a él impuesta y más irrevocables los efectos de la medida de la [legislatura]” (*cf.* BVerfGE 35, 382 [402]). *Cf.* Klatt, Matthias, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.

¹¹ Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 6, p. 71.

¹² Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 84. Según jurisprudencia constante del tribunal de Karlsruhe, “[e]l principio de Estado de derecho contiene la idea de justicia como parte esencial” (BVerfG, 2 BvR 209/14 y otros, 18 de

do, de la esencia (*Wesen*) de los derechos fundamentales mismos”, manifestada en que su restricción se permite sólo en tanto sea *imprescindible* para proteger un “interés público”.¹³ Esto último define *lato sensu* el principio de proporcionalidad.

Entendido ampliamente, dicho principio significa que un derecho fundamental sólo puede menoscabarse en una medida *estrictamente indispensable* a una finalidad legítima, concepto sobre el que luego abundaré. Dicho de otro modo, es aún injustificado que la restricción de un derecho se produzca solamente con base en un objetivo jurídicamente aceptable, pues *además* se requiere que la intensidad de dicha intervención se ajuste efectiva y rigurosamente al logro de tal finalidad. Como se expresó en una de las primeras reflexiones mexicanas sobre este concepto, la buena intención no basta.¹⁴

Así garantiza el principio de proporcionalidad la *plena efectividad* de los derechos fundamentales: requiriendo examinar si su afectación resulta estrictamente indispensable, y si la compensa un beneficio equivalente o superior para otro principio constitucional.

diciembre de 2014, § 32, <http://bit.ly/1Amsh7l>). “El principio de proporcionalidad... es un principio del derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Indudablemente conecta con la idea de ‘moderación’ y de ‘medida justa’ en el sentido de equilibrio”, Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 2001, p. 145.

¹³ BVerfGE 19, 342 (348-349). Este precedente fundó una importante línea jurisprudencial en el sentido indicado. Véanse Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 92, y Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 784.

¹⁴ Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330. Véase “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXII, julio de 2013, t. 1, tesis 1a. CCXV/2013 (10a.), p. 557.

B. *Teoría de los principios*

El constitucionalismo contemporáneo apuntala de distintas maneras el principio de proporcionalidad.¹⁵ Por tal motivo, pese a las discusiones doctrinales a su respecto, este principio goza actualmente de un ambiente propicio.

La teoría de los principios de Robert Alexy, en especial la idea de “mandato de optimización” ubicua en ella, es fundamental para entender y justificar el principio de proporcionalidad; de ahí que no sea extraño que su desarrollo contemporáneo se deba al profesor de Kiel.¹⁶ Los derechos fundamentales deben tomarse por “principios” que exigen *máxima* efectividad; o como ha dicho la Suprema Corte mexicana, deben gozarse “en los más amplios términos”.¹⁷ En tal virtud, los derechos fundamentales oponen creciente resistencia a su menoscabo, y por consiguiente ésta sólo puede lograrse en la medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo, es decir, de una manera “proporcional”.

Sobre este aspecto es de gran relevancia una de las más importantes secciones del trabajo de Klatt y Meister al que introducen estos párrafos (pp. 47-53). En ella se hace una contundente defensa de la interpretación amplia de los derechos fundamentales que exigen el principio de proporcionalidad y la ponderación, y en la que éstos desembocan. Dicho alegato es muy pertinente

¹⁵ Algunos los esboqué en *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-33, <http://bit.ly/1eDPk3u>.

¹⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 68 y 69. Véase Sánchez Gil, Rubén, “Valores constitucionales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. 2, pp. 643-644, 650-651 y 657-658, <http://bit.ly/17Q0kcc>.

¹⁷ “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 10, p. 827.

en el contexto alemán, en el cual recientemente se han debatido las llamadas teorías amplia y estricta del “supuesto de hecho” (*Tatbestand*) de los derechos fundamentales. En el marco de esta discusión se critica la “grotesca” extensión que las teorías amplias, como la de Alexy, pueden otorgar a dichos derechos —se ha llegado a hablar de un “derecho fundamental a robar” y de otros absurdos en realidad derivados de una imprecisión conceptual—,¹⁸ la cual ha ocasionado que las teorías estrictas del supuesto de hecho de los derechos fundamentales desde hace cierto tiempo sean para algunos una “nueva dirección de la dogmática iusfundamental alemana”.¹⁹ En dicha sección de su estudio, Klatt y Meister aportan razones muy atendibles para preferir una interpretación amplia de los derechos fundamentales que, como propuso Alexy, optimice su eficacia y corrobore su fuerza normativa ante posibles restricciones.

Una interpretación amplia del supuesto normativo de los derechos fundamentales y de sus limitaciones —o mejor dicho “intervenciones”—,²⁰ basada en una teoría con esa calidad, es vital para su eficacia y la que mejor permite desplegar el examen de proporcionalidad para garantizarlos. Comprender de modo

¹⁸ Meister, *op. cit.*, nota 3, pp. 150 y 151. Sobre las teorías acerca del “supuesto de hecho” y de la “intervención”, que pueden combinarse, véase *ibidem*, pp. 33-39, y Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 268 y ss.

¹⁹ Cfr. Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 44. Según este autor, la frase transcrita corresponde a Kahl, Wolfgang, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 43, núm. 2, 2004, p. 169.

²⁰ En tanto la medida en cuestión no sea definitivamente calificada como inconstitucional, lo que sólo puede darse luego de examinarse su proporcionalidad, la limitación a los derechos fundamentales debe llamarse “intervención”, concepto que tiene las ventajas de ser *neutro* al no tener las connotaciones negativas de términos como “vulneración” o “conculcación” —tan habitual en México—, y *genérico* para evitar confundir las “configuraciones”, “delimitaciones” y “restricciones” con que puede regularse un derecho fundamental. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 494-500 y 616-688 (sin duda, el mejor tratado en español sobre el tema).

extensivo los alcances de los derechos fundamentales es incluir en ellos *cualquier elemento mínimamente relacionado* con su hipótesis. Esto otorga a la posición jurídica correspondiente una tutela constitucional *prima facie*, es decir, en primera instancia y no definitiva, pues ésta se determinará luego de analizar la proporcionalidad de la intervención en ella. Sabemos que los conceptos que usan las disposiciones iusfundamentales pueden entenderse incluyendo o excluyendo ciertas posiciones jurídicas poco tradicionales u ortodoxas, aunque su fórmula textual no varíe;²¹ frente a esta posibilidad es preferible una *actitud inclusiva* en la interpretación de los derechos fundamentales que *proteja y promueva* sus alcances.

Asimismo, una concepción amplia de la “intervención” considerará como tal *cualquier medida* que obstaculice, aun mínimamente, el liso y llano ejercicio del derecho fundamental con la amplia extensión que inicialmente le corresponde. Esto es particularmente importante para México, donde las autoridades —aun la jurisdiccional constitucional— han pasado por alto el estudio y control de intervenciones en los derechos fundamentales bajo el pretexto de que no los están restringiendo, sino “regulando”. También las “regulaciones”, en tanto impiden el expedito ejercicio de los derechos, son una intervención que debe estar justificada y obstaculizar el ejercicio de un derecho sólo en una medida estrictamente indispensable.²²

Como demuestra el trabajo de Klatt y Meister, la teoría de los principios de Alexy y el examen de proporcionalidad hacen una estupenda mancuerna al implicarse recíprocamente,²³ y superan juntos muchas de las objeciones que se les han formulado.

²¹ Cfr. Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 47.

²² Meister, *op. cit.*, nota 3, pp. 33 y 34. Véase uno de los primeros precedentes de la Suprema Corte que usaron la idea de proporcionalidad, hoy jurisprudencia vinculante: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 442, p. 1491.

²³ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 91-95.

C. Fases del examen

En su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, el examen de proporcionalidad consta de tres etapas sucesivas, que corresponden a los subprincipios que conforman su estructura en sentido lato: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.²⁴

Sin embargo, hay quien añade uno o dos pasos previos a lo anterior: la existencia de un *conflicto constitucional* y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un *fin legítimo*.²⁵ Incluir estos elementos como parte del examen de proporcionalidad es una mera cuestión formal, pues no cambia su operación ni sus conceptos; ambos se hallan presentes en la fórmula tradicional, ya que pueden tenerse por presupuestos de dicho análisis, o en la expresión del Tribunal Constitucional español, por su “*prius lógico*”.²⁶ La misma irrelevancia práctica es atribuible a variaciones terminológicas en la denominación de los conceptos de este examen, aunque deben tomarse con cuidado para impedir confusiones.

²⁴ Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 91 y 92; Hesse, *op. cit.*, nota 12, p. 142; Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 32; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 38; Schmitt Glaeser, Walter, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 86. La jurisprudencia española usa precisamente estos mismos subprincipios; véase STC 170/2013, fundamento jurídico 5, inciso c. En lo sucesivo, véase como referencia general Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 36-59.

²⁵ Una muy acertada configuración por lo que adelante diré, ya que refiere la determinación de un conflicto constitucional, es la de Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012, pp. 27 y 28. Porque considera determinar la legitimidad del fin y la del medio para obtenerlo como “fases” del examen de proporcionalidad, pero como un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos, es sutilmente más precisa la relación de Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 194; dada su estrecha vinculación, al referirme al “fin legítimo” a la vez aludiré en lo conducente al “medio legítimo”.

²⁶ STC 55/1996, fundamento jurídico 7. Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, pp. 691 y 715.

A mi parecer, determinar que en el caso particular existe una colisión entre principios constitucionales es concomitante a establecer el fin legítimo que persigue una medida que interviene en el ámbito protegido por un derecho fundamental. Es acertada la opinión de Silva García en el sentido de considerar la existencia de dicho conflicto *constitucional* en el procedimiento del examen de proporcionalidad. Si tal oposición se diera lisa y llanamente entre un derecho fundamental y un principio jurídico ordinario, el primero habría de imponerse absolutamente por su jerarquía,²⁷ de modo que advertir dicho conflicto autoriza a iniciar este procedimiento argumentativo.²⁸ Pero precisamente a este punto se llega determinando la legitimidad del fin perseguido por la medida que interviene en el derecho fundamental.

Este último tema lleva a la cuestión de la calidad del “fin” que puede ser “legítimo” para limitar los derechos fundamentales. Su respuesta oscila entre una posición que considera como tales los no prohibidos definitivamente por la Constitución,²⁹ y otra que la atribuye sólo a los avalados por la ley fundamental, acorde a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán, y que ratifican Klatt y Meister en su estudio (pp. 14-15).³⁰ Esta oposición es sólo aparente: una debida interpretación amplia de todas las disposiciones constitucionales relevantes, tanto de la iusfundamental en cuyo ámbito se da una intervención como la que pretende fundarla, permite que la gran mayoría de los fines de dicha medida sean acogidos por el orden constitucional, y que en la práctica su ilegitimidad sea una excepción insólita.³¹

²⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 232 y 233.

²⁸ Cfr. González Maldonado, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de la ponderación: un análisis crítico*, México, Novum, 2011, p. 74.

²⁹ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, pp. 692-702 y 790.

³⁰ Hesse, *op. cit.*, nota 12, p. 139; BVerfGE 83, 130 (139).

³¹ Que así sucede siempre, o casi, es la opinión de Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, pp. 194 y 195.

De esta suerte, no es mal criterio práctico pensar en términos llanos que en principio un fin será “legítimo” cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera clara, en cuyo caso sería francamente inadmisibles y no habría necesidad de examinar nada más. Pero aunque este parámetro puede tener alguna utilidad, es *indispensable adscribir dicho fin a un principio constitucional*³² que justifique con ese rango la intervención en el ámbito de un derecho fundamental, y con ello garantizar la primacía que inicialmente corresponde a esta especie normativa, como desde el inicio señalaron Klatt y Meister en su estudio (pp. 14-15).³³ Es de gran importancia identificar el principio constitucional cuya realización se opone a un derecho, y hacerlo con toda precisión,³⁴ no sólo para justificar su intervención en términos jerárquicos, pues también determina la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado; no es difícil imaginar por qué la desacertada identificación de los principios constitucionales en colisión dará lugar a una solución equivocada.

Luego de la exposición anterior se advertirá con facilidad por qué son concomitantes —si no fueran lo mismo— la determinación del fin legítimo y la de la existencia de un conflicto constitucional que deberá resolverse por un análisis de proporcionalidad.

Que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un “fin legítimo” es insuficiente para justificarla. Hace falta

³² El cual desde luego puede desprenderse de la Constitución formal o de cualquier otro integrante del bloque de constitucionalidad, como indica Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 6, p. 73.

³³ BVerfGE 28, 243 (260-261): “El sistema de normas, institutos e instituciones de rango inferior a la Constitución no forman el parámetro (*Maßstab*) que sirve a la interpretación de las disposiciones constitucionales... Sólo los derechos fundamentales de tercero que entren en colisión y otros valores jurídicos dotados de rango constitucional son, considerando la unidad de la Constitución y la totalidad del orden axiológico protegido por ella, capaces de limitar en relaciones particulares *aun* los derechos fundamentales que no pueden restringirse” (cursivas añadidas).

³⁴ Cárdenas Gracia, *loc. cit.*, nota 32.

que ella sea *idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto* a dicho objetivo; para ello debe realizarse el examen clásico que impone el principio que es nuestro tema central.³⁵ Abordaré brevemente —pues no requiere aquí mayor explicación— lo relativo a los dos primeros subprincipios; trataré con mayor amplitud lo tocante al último, consistente en la fase de “ponderación”.

La *idoneidad* de la intervención en un derecho fundamental se refiere a la aptitud que ésta tenga para contribuir de algún modo a realizar el fin legítimo que busca esa medida. Si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para restringir el derecho fundamental, y de esta manera resulta gratuita, inmotivada y, por tanto, carente de justificación. Es pertinente subrayar que la idoneidad no se refiere a que la restricción del derecho fundamental sea un medio directo o aislado para lograr el fin legítimo; basta que contribuya en algún grado a ello para que supere esta fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

El criterio de *necesidad* exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible, y en este sentido puede decirse que se trata del punto central

³⁵ No obstante, como hicieron ver nuestros autores (*cf.* p. 64), *debe establecerse y apreciarse con toda sutileza el subprincipio que se analiza*, porque no es difícil confundirlo, máxime cuando no se usan *categorías jurídicas suficientemente precisas*. Por ejemplo, en su reciente decisión sobre el velo islámico (*Kopftuch*), el Tribunal Constitucional alemán pretendió analizar la “proporcionalidad en sentido estricto” de una norma general prohibitiva de “expresiones (*äußere Bekundung*) políticas, religiosas, ideológicas o semejantes” que pudieran ser conflictivas en el contexto escolar, y establecer su “interpretación conforme reductora” para excluir de su aplicación el uso de esa prenda (BVerfG, 1BvR 471/10 y otro, 27 de enero de 2015, § 101 y 116, <http://bit.ly/1EgPUOB>); cuando a mi juicio, obviando la “idoneidad”, realmente analizó su “necesidad” (por lo que sí había “desproporción”, pero en sentido lato; *cf. ibidem*, § 97) y determinó una “invalidez parcial sin reducción textual” (sobre las mencionadas resoluciones véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso Ley de Medios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 55-60, <http://bit.ly/Nrz3DD>).

del examen de proporcionalidad con cuya esencia coincide a la perfección.³⁶ Lo anterior puede darse en dos vertientes: ya sea porque dicha medida es la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica, o bien porque entre varias que cumplen este objetivo con la misma intensidad resulta la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado.³⁷ En el análisis de esta fase, atendiendo al principio de división de poderes se reconoce a las autoridades un gran margen de apreciación, y sus estimaciones han de obtener una importante deferencia, especialmente si se trata de las que efectúa el legislador a cuyo favor también juega el principio democrático.³⁸

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como “ponderación”, o *balancing* en inglés. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.³⁹

³⁶ Se trata de un “punto central” en un sentido más “topográfico” que ontológico. Klatt y Meister (*op. cit.*, nota 8, p. 196) consideran que la ponderación es el “núcleo (*Herzstück*)” del principio de proporcionalidad, pero la relación entre ambos conceptos es mucho más compleja. Véase lo dicho adelante sobre la relación entre la ponderación y el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

³⁷ Cfr. BVerfG, 1 BvR 2926/13, 24 de junio de 2014, § 16, <http://bit.ly/2be8jyb>.

³⁸ Cfr. Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 788; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 790, y “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 319, p. 3992.

³⁹ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 8 y 9. Sin embargo, la relación entre “ponderación” y “proporcionalidad” es semánticamente problemática, pues por ejemplo: desde cierto punto de vista aun los exámenes de idoneidad y necesidad podrían verse como un ejercicio de “ponderación”; respecto de algunos de estos problemas conceptuales véase Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, 2011, pp. 100-102.

En la dogmática alemana son *sinónimas* y *alternativas* las fórmulas “proporcionalidad en sentido estricto”, “ponderación” y “adecuación” (*Angemessenheit*).⁴⁰ La segunda es preferida en el uso común; se emplea con menor frecuencia la última, como en su versión original hicieron Klatt y Meister —con cuya aquiescencia cambié dicha voz al traducirla, por lo indicado en el siguiente párrafo—. ⁴¹ Pero como señalé, estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia del concepto que dichos términos refieren.

Usaré en lo sucesivo el término *ponderación* para referir esta última etapa del examen de proporcionalidad *lato sensu*. Pienso que es acertado este término por su amplia difusión en el ámbito hispanoparlante y por su sencillez; pero sobre todo porque evita confundir los sentidos amplio y estricto de la proporcionalidad, y la idoneidad con la “adecuación”.

La ponderación tiene lugar cuando es ineludible el conflicto entre la realización en el caso particular de los principios constitucionales, a diferencia de las etapas previas del examen de proporcionalidad que han depurado el problema.⁴² Consiste en la valoración de la importancia de las posiciones jurídicas relevantes en el caso particular, la del derecho fundamental y su opuesta, para determinar a la vista de todas las circunstancias del caso cuál de ellos amerita mayor protección.⁴³ Lejos de obtenerse por intuición o tanteo, el resultado de esta valoración se determina por una “ley de la ponderación” de carácter abstracto e ideal, que expresa la relación objetiva que formalmente guardan ambas posiciones entre sí, y que Alexy formuló de esta

⁴⁰ Cfr. Michael, Lothar y Morlok, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 297. Véase también Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 760.

⁴¹ Los mismos autores emplearon el término “ponderación” (*Abwägung*) en *op. cit.*, nota 8, pp. 195 y ss. La publicación en que apareció el trabajo citado en esta nota se dirige a estudiantes y profesionales, lo que ilustra esta diferencia terminológica.

⁴² Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 39, p. 8; Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, p. 291.

⁴³ Cfr. BVerfGE 7, 198 (210-211) —el célebre caso *Lüth*—.

manera: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴⁴

D. Ponderación y “fórmula del peso” alexiana

Al entrarse en contacto con ella, la ponderación aparenta ser un procedimiento azaroso, por no decir arbitrario, que se halla en manos del operador jurídico; da la impresión de ser una simple prestidigitación con la cual especialmente el juzgador trata de convencernos de la supuesta racionalidad de una decisión tomada *ad libitum*.⁴⁵ Si bien la ponderación en algún momento y en determinadas latitudes llevaba a esa conclusión, ello no debe ser así en la actualidad.

La ponderación consiste en sopesar la importancia de las posiciones jurídicas en conflicto para “establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto”, y elaborar una “regla de precedencia condicionada”, es decir, una norma que indique las circunstancias en que ha de preferirse una posición sobre otra.⁴⁶ Este procedimiento se encuentra hoy muy bien estructurado gracias a Robert Alexy, quien lo ha perfeccionado en diversos trabajos,⁴⁷ básicamente en su afamada *Teoría de los derechos fundamentales*,⁴⁸ pero sobre todo en el ensayo que expone su “fórmula del peso”.⁴⁹

⁴⁴ Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 138.

⁴⁵ Véase *ibidem*, p. 135.

⁴⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 72 y 73 (cursivas del original suprimidas). Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 48-59.

⁴⁷ Por ejemplo, el referido en la nota 39 anterior, que por su sencillez constituye una estupenda introducción a la teoría ponderativa.

⁴⁸ Véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 196. De manera muy similar, con este procedimiento explica la ponderación el manual universitario de Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, pp. 297-302.

⁴⁹ “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim, Peter Kreuzt y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, Walter de Gruyter, 2003,

Desde mi punto de vista, el último es la máxima expresión del pensamiento del profesor de Kiel sobre la ponderación; explica y justifica de manera pormenorizada los pasos en que hace consistir ese procedimiento, imponiéndole una estructura formal muy determinada que pone de relieve los aspectos que deben considerarse en dicho examen. Seguidamente intentaré explicar de manera sencilla, conforme mi leal entender, en qué consiste la “fórmula del peso” alexiana.

El “peso” del derecho fundamental y el de los principios que se le oponen a efecto de la ponderación son obviamente una metáfora;⁵⁰ simbolizan el grado de importancia que en el caso particular tiene cada una de estas posiciones o el de la satisfacción que reciben los distintos aspectos que deben considerarse en este procedimiento. Para medir dichos “pesos”, Alexy propone una *escala triádica*: leve, medio y grave;⁵¹ a estos grados corresponderá un número (1, 2 y 3, respectivamente) que los cuantificará. El peso concreto de cada principio que participa en esta colisión, con el cual competirá con su opuesto, se obtiene asignando la cantidad correspondiente a la afectación o realización de los siguientes aspectos: *intensidad o importancia* con que el principio

pp. 771-792. Carlos Bernal Pulido tradujo este ensayo al español, su versión se editó con el título “La fórmula del peso” como apéndice de Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 349-374. Hay, entre otras, una publicación mexicana de la misma traducción: Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-CEDHA, 2008, pp. 11-37; y una ecuatoriana bajo la misma coordinación: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42, <http://bit.ly/2c5bsKx>. Citaré esta obra por la última versión.

⁵⁰ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 74. La referencia al “peso” (*weight*) es también una reminiscencia de la concepción de los principios, que sirvió de base a dicho jurista alemán, de Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 19a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 26 y 27.

⁵¹ Los grados de esta escala podrían extenderse según la precisión necesaria. A mi juicio, una de cinco estratos convendría a la gran mayoría de los casos. Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 49, pp. 34 y 35.

es incumplido o satisfecho; el *peso abstracto* que cada cual tenga dentro del sistema constitucional; y la *certeza* con que dicha afectación y realización se produzca.⁵² Para cada principio en colisión se otorga un valor numérico a estos aspectos, los cuales son adicionados o *multiplicados*,⁵³ y cuya suma o producto final se confronta con el de su opuesto, señalando la superioridad numérica resultante al que deba preferirse. Así de sencillo.

La *intensidad* se refiere al grado de insatisfacción o perjuicio que resiente el derecho fundamental al realizarse el principio que se le opone, y correlativamente al mismo concepto respecto de este último principio y su incumplimiento que le ocasionaría el respeto a aquel derecho. En este rubro no se mide la relevancia de cada principio ni la probabilidad de su menoscabo, lo que será materia de otras fases; se valoran las distintas circunstancias en que su afectación se produciría: su calidad permanente o transitoria, si la afectación es total o parcial, y en este último caso, en qué proporción, etcétera. Por ejemplo, a grandes rasgos: la prisión por meses o años sería una afectación grave a la libertad de una persona, mientras que la detención por algunas horas o días tendría una calidad media, y la orden de comparecer ante una autoridad podría calificarse como leve.

El *peso abstracto* de cada principio se determina a través de la interpretación constitucional que establezca la relevancia que tiene *dentro del sistema jurídico en que se opera*, a partir de la específica formulación —siempre variable— de las disposiciones de la ley

⁵² El profesor de Kiel sugiere analizar estos aspectos en el orden indicado; sin embargo, también es posible invertir el orden de los dos primeros. *Cf.* Alexy, *op. cit.*, nota 49, p. 39; Klatt, Matthias y Schmidt Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2010, p. 11; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 784.

⁵³ Aunque la relación aritmética no varía con estas operaciones, puesto que el principio que obtenga una suma mayor también multiplicándose mantendrá su superioridad frente al otro, esta última operación vuelve “geométrica” la escala triádica, potenciando el valor de cada principio, y reflejando así con mayor fidelidad su “resistencia” frente a las afectaciones más intensas. *Cf.* Alexy, *op. cit.*, nota 49, pp. 32 y 35.

fundamental y, en su caso, las de los demás integrantes del bloque de constitucionalidad, como podrían ser las relativas a derechos humanos previstas en tratados internacionales.⁵⁴ La posibilidad de estimar la importancia de los distintos principios para el orden constitucional radica en la misma posibilidad de efectuar una interpretación válida de la Constitución; pensar que no puede concluirse nada para aquélla, supone que no podemos adjudicar significados a las disposiciones de la ley fundamental ni comparar las posiciones que guardan los bienes que tutela; el texto constitucional es un “punto de vista común” para los intérpretes, a partir del cual puede construirse una argumentación que valore las distintas posiciones que salvaguarda.⁵⁵

En todos los ámbitos jurídicos, el tenor literal de las disposiciones tiene un papel fundamental y muy altamente valorado en la metodología, entre otros, como punto de partida de la interpretación y como criterio de legitimidad y objetividad de la decisión, especialmente frente a los principios constitucionales democrático, de división de poderes y de Estado de derecho (seguridad jurídica).⁵⁶ Para la ponderación en especial, la literalidad dispositiva contiene *claves muy importantes* para establecer el peso abstracto de los principios en colisión. Que la ley explícitamente indique

⁵⁴ *Cfr. supra*, nota 32. Sobre la importancia para la ponderación en Alemania del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, pp. 86, 87, 297, 298 y 344-346. En cuanto a la interpretación constitucional afable a la convencionalidad (*konventionsfreundliche Auslegung*), comprendiendo la jurisprudencia internacional, y señalando que “el ‘recurso a auxilios interpretativos’ puede... significar que también se incluyan en el examen de proporcionalidad *constitucional* aspectos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en su ponderación”, véase BVerfGE 128, 326 (371 y 372; cursivas añadidas).

⁵⁵ *Cfr. Alexy, op. cit.*, nota 49, pp. 27 y 28. Para profundizar en el texto de la ley suprema como elemento fijo que imprime objetividad a su interpretación, véase Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 11-59.

⁵⁶ Klatt, *op. cit.*, nota 2, pp. 19, 20 y 22.

algo preciso es signo inequívoco de que su autor le otorgó una relevancia especial, que debe contar en la ponderación sumando al peso abstracto del principio respectivo; una importancia de la que carecería en otro sistema jurídico que no contenga esa expresión palmaria. Klatt y Meister advirtieron muy bien este “punto de vista constitucional” y su función en el estudio protagonista de este volumen (p. 36; cursivas añadidas): “si un determinado principio es relevante desde el punto de vista de la Constitución, entonces *hay que considerarlo en la ponderación; no puede ser ignorado*. Si ha de ser considerado, entonces tendría precisamente el papel que le corresponde al peso que se le atribuya”.

Por último, la *certeza* equivale a “seguridad epistémica”, es decir, a la convicción efectiva que se tenga sobre la realización de la afectación determinada sobre los principios constitucionales opuestos. Para este rubro, los conceptos de la escala triádica varían a los siguientes en orden ascendente de certidumbre: 1) no evidentemente falso; 2) plausible, y 3) cierto o seguro. Este aspecto obedece a una “ley epistémica de la ponderación” que Alexy formuló con estos términos: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.⁵⁷

Para la fórmula del peso tiene “decisiva importancia” este factor, que no consiste en una “probabilidad”, sino en la “fiabilidad” de orden epistemológico sobre la valoración del perjuicio a los principios constitucionales en juego; y así puede comprender la estimación de riesgos o atender a las consecuencias de la salvaguarda de cada posición, y no basarse únicamente en premisas empíricas.⁵⁸ En ocasiones, cuando los valores de los demás rubros presentan un empate o son muy próximos, la certeza determina el resultado de la ponderación; ello se traduce en términos coloquiales y a grandes rasgos en que resulta injustificado afectar de modo seguro un derecho fundamental a cambio de un beneficio

⁵⁷ Alexy, *op. cit.*, nota 49, p. 38.

⁵⁸ Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 52, pp. 12 y 13.

que con poca probabilidad obtendría el principio con que colisiona, y viceversa.

Desde luego, en la práctica jurídica es innecesario usar la fórmula del peso como si se tratara de un problema de física o de matemáticas. Dicha fórmula indica en realidad factores que tomar en cuenta al ponderar, y les brinda una estructura que les permite operar con la máxima racionalidad posible, para encauzar todos los posibles argumentos que puedan esgrimirse en esta actividad. Así lo explican sus autores a todo lo largo del ensayo que presentan estas líneas.

Al argumentar, los jueces y los abogados no requieren utilizar sacramentalmente la fórmula del peso alexiana como conceden Klatt y Meister (*cf.* pp. 46-47) —ni se sugiere que lo hagan, a fin de que su exposición sea comprensible para todos—; aunque sin duda es recomendable que la apliquen por su cuenta al efectuar su razonamiento, y que la implementen con sumo cuidado, porque a todos los operadores jurídicos la ponderación exige algo muy difícil de alcanzar: “gran competencia argumentativa”.⁵⁹ Para justificar el resultado de su ponderación, basta que el discurso judicial o forense establezca claramente la relación entre los dos principios constitucionales en contradicción, expresando de manera sencilla pero precisa su valoración sobre cada rubro que compone la fórmula y los argumentos por los cuales la determine.⁶⁰

Un ejemplo reciente de una buena argumentación ponderativa puede verse en el caso *Mollath* del Tribunal Constitucional Federal alemán.⁶¹ En esta decisión, dicha magistratura revocó una resolución penal que disponía que continuara la reclusión del quejoso en un hospital psiquiátrico sin haber valorado su

⁵⁹ Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 196.

⁶⁰ Aquí es relevante la diferencia entre los llamados contextos de “descubrimiento” y de “justificación”. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 111 y 114-116.

⁶¹ 2 BvR 371/12, 26 de agosto de 2013, <http://bit.ly/16BTvuF>. Véase el análisis de Klatt y Meister sobre la ponderación efectuada en este caso, en *op. cit.*, nota 8, pp. 197 y 198.

peligrosidad; o sea, la certeza en la protección de la sociedad, opuesta a la libertad personal, que al cabo y en opinión del tribunal de Karlsruhe produjo un “desempate”. Esta sentencia ordenó devolver el asunto a la jurisdicción ordinaria para que realizara una nueva ponderación en el marco de ciertas condiciones que determinó.

2. *La proporcionalidad en México*

A. *La cuestión del “fundamento textual”*

Aunque el principio de proporcionalidad *carece en México de fundamento explícito en la Constitución formal*,⁶² pues como en la mayoría de los sistemas jurídicos se trata de un producto jurisprudencial, puede derivarse inmediatamente de las disposiciones convencionales que condicionan la restricción de los derechos a los casos de “necesidad en una sociedad democrática”,⁶³ en especial del artículo 30 del Pacto de San José, que dispone la restricción de los derechos conforme al propósito para el cual haya sido establecida.⁶⁴

⁶² Como ejemplarmente lo tiene en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el *principio de proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (cursivas añadidas).

⁶³ Por ejemplo: los artículos 12.3, 14.1, 19.3, 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.5, 12.3, 13.2, 15, 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Cfr.* TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 49; y CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 2 de julio de 2004, § 120-123.

⁶⁴ Véase Rodríguez, Gabriela, “Artículo 30. Alcance de las restricciones”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Dere-*

No obstante, y precisamente por los problemas que en nuestro país tiene la relación entre la Constitución y las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales,⁶⁵ sería conveniente fundar el uso de dicho principio con argumentos estrictamente constitucionales. Como en Alemania, esta justificación sólo puede darse a partir de una determinada concepción constitucional, específicamente de los derechos fundamentales, que exija y explique el uso de la proporcionalidad.

En un afán por persuadir al uso del principio de proporcionalidad,⁶⁶ y no sin observaciones,⁶⁷ en México se ha intentado doctrinal y jurisprudencialmente apoyar el principio de proporcionalidad en disposiciones constitucionales explícitas o en principios “tradicionales”, más familiares para nuestro uso jurídico. Con dicha intención se le ha querido dotar de origen constitucional, radicándolo en la garantía de *motivación material* que prevé el artículo 16 constitucional,⁶⁸ más específicamente en la prohibición de exceso que implica.⁶⁹ Me parece evidente que al introducirlo en su jurisprudencia, ese mismo propósito condujo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a justificar el principio de proporcionalidad con base en precedentes de distintas épocas, algunos muy añejos.⁷⁰

chos Humanos comentada, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 718 (véase la edición boliviana de esta obra en <http://bit.ly/1ChG7bY>).

⁶⁵ Resultantes como sabemos de la doctrina de las “restricciones expresas” de la Suprema Corte. Véase Sánchez Gil, Rubén, “Notas sobre la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 21, enero-junio de 2014, pp. 333 y 344.

⁶⁶ *Cfr.* Silva García, *op. cit.*, nota 25, p. 33.

⁶⁷ Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 83 y 92.

⁶⁸ Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 63-74; Villaseñor Goyzueta, *op. cit.*, nota 39, pp. 181 y 182.

⁶⁹ Silva García, *op. cit.*, nota 25, p. 34.

⁷⁰ Véase Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de De-*

Aunque sin seguir claramente su fórmula alemana clásica en ese momento, el Pleno de la Suprema Corte reconoció aquella disposición constitucional como sede del principio de proporcionalidad cuando lo introdujo a nuestro ordenamiento. El máximo tribunal señaló entonces que restringir los derechos fundamentales sólo en medida rigurosamente necesaria para un fin legítimo —la idea esencial de la proporcionalidad *lato sensu*— resulta “conforme al *principio de legalidad* [previsto por el artículo 16 constitucional y del cual la garantía de motivación material es una vertiente], de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados”.⁷¹

B. Bases jurisprudenciales

La jurisprudencia introdujo el principio de proporcionalidad al sistema jurídico mexicano. Hay diversos precedentes anteriores a la ocasión en que el Pleno de la Suprema Corte asimiló este principio en un criterio vinculante.⁷²

Con la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de la Suprema Corte se arraigó en México el principio de proporcionalidad esencialmente considerado. Aunque este criterio no definió con precisión las fases que comprende el examen respectivo, sí indicó que los derechos fundamentales sólo deben restringirse en medida rigurosamente necesaria para un fin legítimo, con lo que

recho Constitucional, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, pp. 482 y 483. También publicado en *idem*, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012.

⁷¹ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 321, p. 1310 (cursivas añadidas).

⁷² Recuentos de dichos precedentes se hallan en Díez Gargari, *op. cit.*, nota 67, pp. 78-101; y en Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 70, pp. 477-481.

expresó el concepto básico de la proporcionalidad en sentido amplio.⁷³

La jurisprudencia interamericana también apoya el principio de proporcionalidad. En un principio la Corte Interamericana relacionó la “necesidad” que mencionan diversas disposiciones del Pacto de San José con la idea de “proporcionalidad”.⁷⁴ Algunos años más tarde, este tribunal internacional estableció el criterio de que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento deben satisfacer los criterios de *idoneidad*, *necesidad* y *estricta proporcionalidad*, entendiendo esta última como una *ponderación* en términos que de inmediato recuerdan a Alexy.⁷⁵ Por último, aunque sin la precisión de la anterior, en una sentencia condenatoria para el Estado mexicano la Corte Interamericana afirmó que la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser “necesaria en una sociedad democrática”, debiéndose entender por ello que ha de “ajusta[rse] estrechamente” a lograr un “interés público imperativo”;⁷⁶ lo que, según he dicho, es la expresión esencial del principio de proporcionalidad en sentido lato.

⁷³ *Supra*, nota 71. Comentando este criterio y las ejecutorias relacionadas con él, véanse Alvez, *op. cit.*, nota 1, pp. 380-385; Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 70, pp. 481-485; Silva García, *op. cit.*, nota 25, pp. 64-70.

⁷⁴ *Supra*, nota 63; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, § 96 y 129.

⁷⁵ *Kümel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 58, 70, 74 y 83-84. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en Steiner y Uribe (coords.), *op. cit.*, nota 64, pp. 732 y 733.

⁷⁶ *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186. Véanse en general “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556; y CIDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, § 61, 68, 74 y 81.

Luego de establecerse la jurisprudencia P./J. 130/2007, en distintas ocasiones la Suprema Corte ha empleado la proporcionalidad o sus subprincipios. En los últimos años, aunque no siempre con rigor, se ha visto un uso más sólido y preciso del principio de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁷⁷

El máximo tribunal sostuvo que dicho principio “irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos”,⁷⁸ y lo ha hecho consistir en los siguientes elementos: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, con lo que adoptó la fórmula clásica alemana, designándolo como *uno de los “parámetros de control de la regularidad constitucional”* que el legislador debe considerar al establecer “las bases, los límites y los procedimientos que regulen o limiten indirectamente [un] derecho constitucional”.⁷⁹ Pero en realidad, para decirlo con la mayor exactitud, pese a su rango constitucional y su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad estrictamente no forma parte del referido parámetro, sino que constituye una herramienta interpretativa para formular dicho “criterio o canon de enjuiciamiento” con el que se analizará la regularidad constitucional.⁸⁰

⁷⁷ Véase Sánchez Gil, Rubén, “Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, año I, núm. 1, julio-diciembre de 2015, pp. 157-164. <http://bit.ly/2hSOGTE>.

⁷⁸ “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXV, octubre de 2013, t. 2, tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), p. 1052.

⁷⁹ “DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES QUE SE EMITAN CONFORME A LA CLÁUSULA DE RESERVA CONTENIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 5, abril de 2014, t. I, tesis 1a. CLXIII/2014 (10a.), p. 798.

⁸⁰ *Cfr.* Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, 2014, pp. 38, 44 y 45.

C. *Acción de inconstitucionalidad 2/2014*

De la máxima importancia para el arraigo del principio de proporcionalidad en México es la acción de inconstitucionalidad 2/2014.⁸¹ En una decisión adoptada por mayoría calificada de ocho votos y por ende *vinculante*, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó dicho principio con suficiente claridad como la *técnica taxativamente indicada* para resolver la colisión de principios constitucionales, particularmente cuando versan sobre los alcances de los derechos fundamentales frente a su afectación legislativa.

Aunque el caso versó acerca de la proporcionalidad de las penas que dispone el artículo 22 de la ley fundamental, fueron *generales y amplios* los términos de la *ratio decidendi* del máximo tribunal que expresó el principio constitucional en función del cual resolvió la cuestión que le fue planteada. Sentados por la Corte los perfiles del principio de proporcionalidad como “límite de los límites” a los derechos fundamentales, subsumió el caso en este concepto general que abarca muchas más especies que la tratada en esa ocasión.

En esta resolución la Suprema Corte afirmó distintas posiciones que consolidan el principio de proporcionalidad, así como sus postulados teóricos y dogmáticos. Señaló que: 1) “cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional”, para impedir “que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución federal”; 2) toda restricción a los derechos fundamentales debe basarse en una “relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar [el legislador] a través de la medida de intervención respectiva”; 3) la jurisprudencia P./J. 130/2007 es el ancla del principio de “razonabilidad” o “propor-

⁸¹ *Diario Oficial de la Federación*, 23 de marzo de 2015, 5a. sección, con. V, § III, pp. 73-75 (ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 10 de abril de 2015).

cionalidad jurídica” en nuestro sistema jurídico; 4) “el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad, de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria” (sujetando así al Poder Legislativo a la garantía de motivación material); y 5) debe emplearse su fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y “razonabilidad” (concepto que usó en vez de “ponderación” o “proporcionalidad en sentido estricto”, pero con indudable alusión a ésta y en términos muy apegados a la doctrina de Alexy).⁸²

Lamentablemente, al momento de escribir estas líneas no se ha publicado en el *Semanario* alguna tesis relativa a la decisión anterior. Sin duda, considerando la práctica jurídica mexicana, dicho sumario y su difusión contribuirían a afianzar el principio de proporcionalidad en nuestro país, lo que otorgaría mayor vigor a los derechos fundamentales.

III. UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

1. *El texto original*

El ensayo al que introducen estas líneas se publicó originalmente en una importante revista alemana de teoría constitucional y ciencia política, con el mismo título y en una versión breve, particularmente por lo que toca al estudio de caso con que concluye.⁸³

⁸² *Ibidem*, p. 74: “...la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una *finalidad constitucionalmente legítima*; b) debe ser adecuada, *idónea*, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y d) debe ser *razonable*, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención” (cursivas añadidas).

⁸³ “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 51, núm. 2, febrero de 2012, pp. 159-188.

En Alemania hay una sólida tradición de publicaciones periódicas jurídicas; éstas son numerosas y poseen un rango extenso de categorías. Existen publicaciones científicas serias y de vanguardia, con estudios especializados meticulosos, que con frecuencia son palestra de debates doctrinales relevantes;⁸⁴ y ⁸⁵ también hay otras de índole pedagógica y aun divulgativa, dirigidas a estudiantes y practicantes.⁸⁶ Figura una especie peculiar: revistas de muy frecuente aparición y de carácter general, no especializado, que contienen estudios serios y relevantes —algunos se han vuelto doctrina clásica—, primordial mas no únicamente sobre temas de actualidad, así como comentarios legislativos y jurisprudenciales, escritos con gran calidad, principalmente por académicos pero también por otros profesionales.⁸⁷

La abundancia de publicaciones jurídicas alemanas indica un par de cosas. En primer lugar, un *gran interés por el conocimiento jurídico y la discusión de sus temas* entre los profesionales del derecho; aunque hay distintos rangos, obviamente, estas publicaciones no son precisamente económicas, su formato no es visualmente llamativo —por lo general, en ellas no abundan los colores—, y habitualmente no recurren a técnicas de mercadotecnia editorial “agresiva” para atraer la atención. En segundo lugar, la existencia de un vigoroso *capital intelectual*, que no sólo se integra por quienes se dedican a la academia, sino también por quienes laboran en otros ámbitos, y que como gremio participan muy activa-

⁸⁴ Con alcance general, en el ámbito del derecho público destacan la señalada en la nota anterior y el *Archiv des öffentlichen Rechts* (AÖR), que se edita desde 1886. Otras publicaciones tienden a la especialización, como la *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGZ), *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) y el *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl).

⁸⁵ De hecho, la publicación original de este ensayo suscitó la reacción de Philip Reimer, quien publicó en el mismo medio la réplica citada en la nota 6 anterior.

⁸⁶ Entre éstas sobresalen *Juristische Schulung* (JuS) y *Juristische Ausbildung* (JURA).

⁸⁷ Esta gama se reduce a dos publicaciones: la semanal (!) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), que antes de la Segunda Guerra Mundial se publicaba sin el adjetivo en su título que indica su “novedad”, y la quincenal *Juristenzeitung* (JZ), que en diciembre de 2015 celebró su 70o. aniversario.

mente en un verdadero “mercado de ideas jurídicas”, para usar la conocida metáfora del *justice* Oliver Wendell Holmes.

También es importante observar el significado y el contexto de la publicación de la versión posterior en la que se basa la traducción que aquí presento. Como señalé, este documento se incluye en un volumen colectivo, editado por Matthias Klatt, cuyo título en español es *Teoría de los principios y teoría de la ponderación*. La intención de esta obra, en palabras de su editor, fue “conjuntar aportaciones acerca de los más novedosos desarrollos de la [corriente] que fundó Robert Alexy”.⁸⁸

Puede afirmarse que la de este jurista es una escuela doctrinal en el más estricto sentido de la palabra. Se trata de un sistema complejo de concepciones sobre la naturaleza y funcionamiento de los derechos fundamentales —complementado por otros esfuerzos teóricos, filosóficos y argumentativos— que no sólo ha ejercido influencia sobre los discípulos directos del profesor de Kiel, sino sobre muchos otros que carecemos de la fortuna de haber abrevado personalmente de su conocimiento; y que ha traspasado fronteras territoriales, y sobre todo *lingüísticas*, ejerciendo por su traducción al español una poderosa influencia en Latinoamérica.⁸⁹ Un reconocimiento formal a la existencia de esta escuela es el volumen colectivo publicado hace prácticamente una década, que discutió la situación de la teoría de los principios y su conveniencia como explicación de los derechos fundamentales no sólo para el sistema jurídico alemán —al que originalmente se enfocó Alexy—, sino como teoría general con pretensiones de validez universal.⁹⁰

⁸⁸ *Supra*, nota 4.

⁸⁹ El principal traductor y divulgador de Alexy en lengua española es Carlos Bernal Pulido por lo que respecta al terreno iusfundamental. De esta labor, y aparte de sus trabajos aquí citados, véase en especial Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁹⁰ Sieckmann, Jan-R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007. Véase la presentación de esta obra en <http://bit.ly/22QnlDC>.

El referido volumen editado por Matthias Klatt y publicado por la prestigiada editorial germana Mohr Siebeck, al que pertenece el original del texto aquí presentado, consolida la escuela de Alexy. Aunque éste no se ha sentado en sus laureles y para beneplácito de la reflexión iusfundamental continúa desarrollando su doctrina,⁹¹ sus postulados han adquirido vida propia y ya pertenecen a una amplia comunidad que los discute, los asimila, los complementa y los hace evolucionar. Esto es lo que constituye una verdadera escuela del pensamiento.

Este esfuerzo conjunto profundiza en los pormenores del punto culminante de la teoría de los principios: la ponderación. Todos los conceptos con que el profesor de Kiel elaboró su posición (“principio”, “mandato de optimización”, etcétera) carecen de significado de no ser útiles para la praxis de los derechos fundamentales, la cual obtiene su máxima complejidad en la colisión de esta clase de normas que resuelve en última instancia la ponderación.

Los estudios de dicho volumen son una valiosa profundización en los intrincados conceptos y problemas de esta operación jurídica. Fueron realizados por un grupo variopinto de juristas que refleja los alcances de la teoría de los principios; entre éstos se cuentan discípulos directos alemanes del profesor Alexy (Klatt y Martin Borowski)⁹² y dos latinoamericanos (el destacado brasileño Virgílio Afonso da Silva y el peruano Jorge Alexander Portocarrero Quispe), así como “nietos académicos” del fundador de esta escuela (Meister, Johannes Schmidt y otros).

El volumen al que me refiero es muy relevante para afirmar teóricamente el principio de proporcionalidad y la ponderación

⁹¹ Uno de sus más recientes trabajos, del que ojalá pronto tengamos una versión española, es “Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit” (Dignidad humana y proporcionalidad), *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 140, núm. 4, 2015, pp. 497-513.

⁹² Véase su estupenda monografía *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

en particular. Todos los trabajos que lo componen se ocupan de un aspecto importante para robustecer estos conceptos en el paradigma de los derechos fundamentales; pero el trabajo de Klatt y Meister al que anteceden estas líneas es de vital importancia. No es sólo una *explicación integral y muy detallada* de la proporcionalidad y sobre todo de la ponderación, sino también un *vehemente y contundente alegato* contra las objeciones que se les han opuesto. Su difusión en nuestro país debe ayudar a comprender estas figuras que, cuando no son ignoradas, a veces son aplicadas sin precisión, e incluso vistas con recelo, pese a que han sido ya establecidas por la jurisprudencia de la Suprema Corte y la de la Corte Interamericana como criterio determinante de los alcances de los derechos fundamentales.

2. *Un alegato contundente*

No ha faltado oposición al principio de proporcionalidad. Voces tan prestigiadas como las de Jürgen Habermas o Bernhard Schlink se han manifestado contra él, fundamentalmente por la subjetividad que le atribuyen y la arbitrariedad judicial que parece propiciar.⁹³ Klatt y Meister se ocuparon de las principales objeciones a la proporcionalidad, no sólo respecto de Alemania, sino en el marco de una muy amplia discusión de alcances transnacionales que ha tenido lugar desde 2009 en las páginas del muy reconocido *International Journal of Constitutional Law* (“I·CON”), iniciado por un artículo de Stavros Tsakyrakis (*cf.* p. 8),⁹⁴ a quien nuestros autores replican constantemente en su trabajo.

⁹³ Un resumen de la disputa alemana, concluyendo también contra la ponderación y Alexy, puede verse en Tschentscher, Axel, “Interpreting Fundamental Rights – Freedom versus Optimization”, en Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, pp. 43-56.

⁹⁴ “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, pp. 468-493.

Sus autores expresaron que el objetivo del trabajo que aquí se presenta fue “indaga[r] la medida en que podría justificarse el principio de proporcionalidad como elemento de un constitucionalismo global, es decir, como principio constitucional universal” (p. 8), en el contexto del referido debate internacional. En otras palabras, su propósito fue determinar si la proporcionalidad puede ser una *elaboración teórica generalmente aplicable* para determinar los alcances de los derechos fundamentales y los límites de su restricción, porque resulta conveniente a su naturaleza, y favorece su fuerza normativa y la racionalidad de su operación, con independencia de cómo se formulen constitucional y convencionalmente.

Cinco temas relativos a dicho principio en general, y en particular a la ponderación, constituyen el objeto específico del examen de nuestros autores: 1) la supuesta primacía absoluta de los derechos fundamentales; 2) la injerencia de las valoraciones morales; 3) la pretendida inconmensurabilidad de los principios constitucionales; 4) el mecanicismo que se atribuye al examen relativo, y 5) la interpretación amplia, exorbitante, que se otorga a los derechos fundamentales. Todos convergen en un problema fundamental: la *supuesta falta de racionalidad* del examen de proporcionalidad que alentaría la arbitrariedad de los jueces, un reproche del que nuestros autores tampoco dejan de dar cuenta, y cuya refutación es el fin último de su estudio.

Es cierto que sobre todo en sus etapas incipientes de elaboración o en las primeras experiencias con este principio y su fase de ponderación, su realización ha sido azarosa y polémica; pero contra esta práctica rudimentaria, Klatt y Meister proponen un antídoto: *una vigorosa argumentación*. La “desbocada” discrecionalidad judicial no es una recriminación limitada al principio de proporcionalidad, sino que se extiende a la misma concepción neoconstitucional que tiene de trasfondo, y esa misma solución cimienta toda esta posición jurídica. Los amplios poderes que esta concepción “expansiva” de la Constitución otorga al juzgador encuentran legitimidad mientras su ejercicio se base en “un

depurado razonamiento práctico” que compense su amplitud.⁹⁵ Y hacia un refinado rigor argumentativo nos conducen nuestros autores, mostrando —y demostrando— que el examen de proporcionalidad y la ponderación son los instrumentos que brindan las mejores respuestas sobre los alcances y el significado de los derechos fundamentales.

El trabajo al que introducen estas líneas constituye, por tanto, un alegato contundente a favor del principio de proporcionalidad. Metódicamente, una por una, se ocuparon de estas críticas y aportaron argumentos minuciosos para rebatirlas, demostrando al final de su estudio, mediante el análisis de un caso particular, la superioridad técnica de dicho principio para resolver los difíciles conflictos iusfundamentales de modo preciso y racional, e incluso predecible en aceptable medida. Es ejemplar la manera en que Klatt y Meister analizaron los temas que componen su trabajo: su examen fue detenido y estudiaron las premisas de esos tópicos, sus implicaciones y, halladas sus deficiencias, rebatieron las objeciones formuladas al principio de proporcionalidad con una argumentación directa y basada en el paradigma de la teoría de los principios. Simple y sencillamente no dejaron títere con cabeza.

3. *La discusión transnacional*

El debate sobre el principio de proporcionalidad ya no se limita a un particular sistema jurídico. Ahora tiene alcances globales, como manifiesta el estudio presentado en estas líneas.

Desde su mismo título, Klatt y Meister no pretendieron que su estudio tuviera significado sólo para Alemania, sino también para otros ordenamientos nacionales y para el derecho internacional de los derechos humanos. Buscaron fundar la aplicación *universal* del principio de proporcionalidad, demostrando que forma parte de un constitucionalismo global.

⁹⁵ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 47 y 48.

La formación de un constitucionalismo globalizado deriva de un procedimiento muy complejo en el que han formado parte muchos actores de la más diversa índole. Es producto de la convergencia de las transformaciones que ha sufrido en las últimas décadas el poder del Estado y sus alcances frente a una “sociedad internacional compleja” que requiere la apertura de lo nacional a opciones políticas, jurídicas y económicas sobre las que el ámbito nacional tiene poco o nulo control. Este fenómeno presenta diversas facetas: la exigencia de la confrontación de paradigmas, la internacionalización de materias que eran típicamente pertenecientes al terreno constitucional —como los derechos humanos—, la “constitucionalización” del ámbito jurídico internacional, y el “diálogo” o “intercambio” entre operadores jurídicos, entre otros.⁹⁶

El “constitucionalismo global” es “transnacional”, pues “trasciende las naciones... va más allá de lo nacional, pero no es propiamente internacional”.⁹⁷ Más que fórmulas normativas precisas, lo que este desarrollo supone es un conjunto de *valores fundamentales* que comparte un grupo amplio de ordenamientos —no limitado a los domésticos, sino que también incluye los internacionales— que se cifran en los conceptos de *derechos humanos*, *democracia* y *garantía jurisdiccional*,⁹⁸ y la convergencia en concep-

⁹⁶ Cfr. Serna de la Garza, José María, “Globalización y derecho constitucional comparado”, en Von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (coords.), *op. cit.*, nota 7, t. II, pp. 764 y ss.

⁹⁷ Distinguiendo los conceptos a los que, en su opinión que comparto casi plenamente, aluden los términos “transnacional” —cuya definición adopté aquí—, “supranacional” e “internacional”, véase Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa-PUDH-IMDPC, 2016, pp. 44-50. Cfr. Rivero Evia, Jorge, *Sistemas supranacionales de impartición de justicia: su impacto jurisprudencial*, Mérida, Universidad Autónoma de Yucatán, 2015, pp. III y 61.

⁹⁸ Cfr. Arango, Rodolfo, “Fundamentos del ‘*ius constitutionale commune*’ en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”, en Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *“Ius constitutionale commune” en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2014, p. 26.

nes e interpretaciones a su respecto.⁹⁹ La existencia de este conjunto permite el auge del derecho constitucional comparado,¹⁰⁰ el cual a su vez propicia un enfoque jurídico verdaderamente científico, porque no restringe el conocimiento del derecho a la mera explicación de los sistemas nacionales, sino que ve este fenómeno con una perspectiva más amplia, incluso con pretensión de universalidad.¹⁰¹ Este *ius constitutionale commune* es un ambiente propicio para el principio de proporcionalidad.

Pero, a su vez, dicho principio y la discusión a su respecto quizá sea el elemento que hace evidente aquella comunidad de ideas constitucionales. En la pluralidad de ordenamientos que la integran puede haber diferencias culturales que ocasionen diferentes aplicaciones de los postulados que tienen como denominador común; piénsese en la diversa percepción que puede haber respecto de derechos fundamentales en particular, como la libertad de expresión o las precisas reglas del debido proceso. Ello no se da con relación al examen de proporcionalidad: los problemas a que éste da lugar son abstractos y generalizados en todos los ordenamientos, y pueden cifrarse en la cuestión de su racionalidad.

Klatt y Meister se ocuparon de las especies fundamentales de estos problemas, y lo hicieron en el marco de una discusión transnacional en torno a los referidos problemas generales. Los participantes en esta polémica global ya no son sólo alemanes, sino que les corresponden muy diversas nacionalidades; no obstante, una cosa los caracteriza: sus reflexiones no sólo aplican a sus propios ordenamientos —cuando efectivamente los toman como objeto y no adoptan un enfoque comparativo—, sino también a otros.

⁹⁹ Cfr. Häberle, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 18-21.

¹⁰⁰ Véase *ibidem*, pp. 11-16.

¹⁰¹ Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado. Metodologías de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 30.

En Alemania, en México o en el ámbito internacional europeo, la proporcionalidad suscita las mismas dudas y dificultades. ¿Cómo controlar la discrecionalidad de los operadores que la realizan, los judiciales en particular?, ¿menoscaba la eficacia de los derechos fundamentales?, ¿es un procedimiento que permite soluciones racionales a los problemas jurídicos?, son preguntas que en torno a este principio comparten los juristas de los ordenamientos que lo han adoptado. Sin importar el sentido en que se resuelva esta polémica, su mera existencia revela que la proporcionalidad es por lo menos un problema universal para el derecho constitucional.

4. El caso “*Otto-Preminger-Institut*”

Por su abstracción, es muy difícil exponer el principio de proporcionalidad. Resulta preciso referir ejemplos prácticos que ilustren los huidizos postulados en que se basa y los difusos conceptos que utiliza. Por tanto, es muy acertado que Klatt y Meister culminaran su alegato mostrando la aplicación de sus conceptos y posiciones con el examen pormenorizado de una resolución judicial.

Para ilustrar las ventajas y el poder de la proporcionalidad, de la ponderación y de la fórmula del peso de Alexy, nuestros autores eligieron el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es significativo que lo hicieran porque se trata, como señalaron, de una resolución frecuentemente aludida para criticar la proporcionalidad; así que su análisis combate a los enemigos de este principio con sus propias armas. Aparte de lo anterior, tal elección es importante por otro motivo.

En mi experiencia, Estrasburgo no emplea adecuadamente el principio de proporcionalidad,¹⁰² pese a que lo ha invocado

¹⁰² “El Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] frecuentemente ha usado la metáfora de la ponderación (*balance metaphor*) de una manera que poco apaci-

—al menos en esencia— desde sus primeras decisiones¹⁰³ y lo estableció como criterio determinante de su célebre concepto de “margen de apreciación nacional”.¹⁰⁴ Este tribunal ni siquiera, según mi conocimiento, ha establecido las etapas del examen de proporcionalidad con el rigor técnico con que lo hizo la Corte Interamericana en *Kimel*, siguiendo la fórmula clásica alemana con los matices de Alexy,¹⁰⁵ pese a la directa influencia que sobre él ejerció el modelo germano.¹⁰⁶ La relevancia de estas deficiencias estriba en la enorme influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los sistemas nacionales de su región y otras jurisdicciones, como la interamericana.

El caso *Fabris*¹⁰⁷ es buen ejemplo del burdo empleo de la proporcionalidad por parte de Estrasburgo. A riesgo de simplificar demasiado, este asunto versó acerca del conflicto entre el derecho a la igualdad de un hijo ilegítimo al que por ese motivo se le negaron sus derechos sucesorios y la seguridad jurídica de sus medios hermanos legítimos basada en la firmeza del reparto he-

guaría los peores temores de Habermas”. Greer, Steven, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, R.U., Universidad de Cambridge, vol. 63, núm. 2, 18 de junio de 2004, p. 416.

¹⁰³ Por ejemplo: *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*, núms. 1474/62 *et al.*, fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § B.10 y B.32 (sobre la exigida “relación [razonable] de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido” [cursivas añadidas]).

¹⁰⁴ *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 49. Véanse Sudre, Frédéric, “Le contrôle de la marge nationale d’appréciation”, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 81; Sánchez Gil, Rubén Antonio, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, pp. 194 y 195, <http://bit.ly/1jeqGWK>.

¹⁰⁵ *Supra*, nota 75.

¹⁰⁶ Véase Bernal Pulido, Carlos, “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, t. IV, vol. 1, pp. 252-259.

¹⁰⁷ *Fabris c. France*, núm. 16574/08, fondo, 7 de febrero de 2013, § 56, 66, 70-73.

reditario de años atrás. El Tribunal Europeo pretendió aplicar el principio que analizamos; así lo indica que usara expresiones como “proporcionalidad” y “fin legítimo” para revisar si hubo trato discriminatorio. Al final concluyó que la seguridad jurídica de los medios hermanos “no era de un peso tal que l[a] h[icier]a prevalecer sobre la pretensión [de igualdad] del demandante”, ofreciendo motivos que en realidad sólo afirmaban la igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos con base en una “clara tendencia” comparada, punto que no estaba a discusión, sino la relación de este innegable derecho frente a la firmeza de una situación sucesoria previa. Pienso que el resultado de este caso habría sido muy diferente si en él Estrasburgo hubiera empleado con rigor la fórmula del peso alexiana, y comparado el peso abstracto de ambos derechos en conflicto, la intensidad y la certeza con que recíprocamente se afectaban,¹⁰⁸ como nuestros autores mostraron en su estudio.

La deficiente práctica del principio de proporcionalidad —en particular de la ponderación— no es privativa del Tribunal de Estrasburgo, sino que es habitual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, salvo por lo ya dicho respecto de la Corte Interamericana. General y esencialmente se mantiene una terminología que corresponde a la estructura clásica de la proporcionalidad *lato sensu*, y se emplean nuestros ya conocidos conceptos de “fin legítimo”, “idoneidad” y “necesidad”; pero usualmente, ya que parece negar el margen de apreciación nacional, se dice que en su última fase se lleva a cabo una “ponderación”, que se realiza de un modo “vago, *ad hoc*” y “extendidamente vacío”. Al no advertirse “reglas o principios que guíen el mismo acto de la ponderación”, o que éstos se hagan explícitos, se le percibe en el terreno internacional como un procedimiento

¹⁰⁸ El caso no era fácil, porque el peso concreto de las posiciones jurídicas en conflicto podía estimarse en grados idénticos, pero entraba en juego el “margen de apreciación nacional” para favorecer al Estado, de modo similar a como lo harían los principios democrático y de división de poderes en el ámbito doméstico. *Cfr. supra*, nota 38.

caprichoso que no garantiza los derechos. Y en este ámbito también se formulan al principio de proporcionalidad y a la ponderación las mismas objeciones que se le han dirigido en el ámbito constitucional, a las cuales Klatt y Meister replican en el estudio que sigue a estos párrafos.¹⁰⁹

5. *El estilo alemán*

En el aspecto formal, el trabajo que aquí se presenta tiene una configuración típicamente alemana. No sólo es un estudio puntual de su tema, sino que también son profusas las citas de otros autores que contiene. Esta última es una de las más señaladas características de los trabajos académicos germanos; a ella se refirió Fernando Savater —por la imaginaria pluma de Voltaire— con un tono de reproche que no hace justicia a su importancia actual.¹¹⁰ El usualmente abultado número de referencias en el aparato crítico de los estudios jurídicos alemanes es signo de la alta calidad de su actividad científica.

La auténtica ciencia se caracteriza por su claridad, precisión y comunicabilidad.¹¹¹ En particular, en el ámbito de las humanidades, la referencia exacta a las fuentes de una investigación (entendida por tal cualquier elemento que pretende extender el

¹⁰⁹ Cfr. De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2014, pp. 368, 378-380 y 511.

¹¹⁰ “El [filósofo] alemán escribe para un público de profesores y de estudiantes, para catedráticos, para doctores en teología, para eruditos... es decir, para gente que tiene la obligación de leerle y que por rivalidad académica buscará con lupa la menor de sus inexactitudes. No quiere interesar al hombre de la calle, al simple particular: por el contrario, quiere mantenerle a distancia respetuosa mediante todos los trucos de una palabrería más abstrusa que culta”, *El jardín de las dudas*, Barcelona, Planeta (Booket), 2006, p. 60. Cfr. Grafton, Anthony, *Los orígenes trágicos de la erudición. Breve tratado sobre la nota a pie de página*, trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 132.

¹¹¹ Véase Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, México, Nueva Imagen, 2002, pp. 20-23.

conocimiento), es un instrumento para reportar la información tomada en cuenta por su autor y la manera en que la utiliza. El aparato crítico de la comunicación de un trabajo verdaderamente científico sirve para que su auditorio pueda controlar y verificar las posiciones afirmadas, dándole la posibilidad de acudir a su origen y constatar la manera en que el autor manejó los datos que obtuvo y la interpretación que les dio, pero también para proporcionar información adicional para el análisis que efectúa.¹¹²

Lo anterior es de la mayor importancia para el cultivo del derecho. Si aceptamos que la argumentación jurídica es un “caso especial” de la argumentación práctica general porque busca las razones que sostengan una decisión que se pretende sea la aplicación “correcta” de las normas jurídicas válidas en un tiempo y lugar determinados,¹¹³ el correspondiente discurso debe demostrar la existencia de éstas en el seno de un determinado paradigma del conocimiento jurídico,¹¹⁴ y que el procedimiento con que se despliegan sus consecuencias se apega a determinados postulados del mismo *corpus* epistemológico. Esto no significa que otras clases de discursos carezcan de validez; puede ser muy atendible la opinión expresada, por ejemplo: desde una luenga experiencia profesional, pero no será más ni menos que eso, una opinión, y no una actividad científica en sentido estricto.¹¹⁵

El estudio de Klatt y Meister es un referente muy ilustrativo de lo anterior. Por respetable y válido que pudiera ser, sus posi-

¹¹² Cfr. Grafton, *op. cit.*, nota 110, pp. 135 y 136.

¹¹³ Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 206-213.

¹¹⁴ Sobre el concepto de “paradigma científico” y sus cambios, véase Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios, núm. 213), 2015.

¹¹⁵ Bobbio, Norberto, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma, Laterza, 2011, p. 6: “[L] ideale del rigore, senza il quale non c'è scienza, nel senso tradizionale della parola, ma solo opinione”.

ciones no habrían de ser más que un simple parecer, de no apoyarse en las numerosas fuentes que usaron críticamente para elaborarlo; justamente la referencia precisa a éstas permite afirmar la categoría científica de su estudio. A todo lo largo de su trabajo, nuestros autores indican *con toda precisión* el origen de las ideas que emplearon para construir sus argumentos, las afirmaciones de quienes mantienen posiciones opuestas, las fuentes jurídicas que cimentan su discurso, y aportan información que ayuda a comprender mejor su pensamiento o profundizar en sus conceptos. Quien desee verificar sus aseveraciones no tiene más que acudir a las obras que aluden para confirmar sus asertos o advertir sus errores, y en su caso señalarlos.

La minuciosa puntualidad con que nuestros autores refieren los datos que utilizaron para arribar a sus conclusiones, tan habitual en la academia jurídica alemana, permite reconocer legitimidad científica —por ser claro, preciso y comunicable— al reporte del curso heurístico de su actividad, aunque resultara equivocada, pues la falibilidad también es un atributo de la ciencia.¹¹⁶ La actividad científica humanista es más amiga de la reflexión disciplinada que de la inspiración o de la ocurrencia, y la primera sólo puede mostrarse mediante una ardua labor que dé cuenta de ella con la mayor exactitud posible. Tal rigor en ocasiones se echa de menos en nuestro país, incluso en trabajos que intentan pasar como una labor de investigación científica jurídica.

6. Traducción y edición

Al traducir el estudio de Klatt y Meister intenté “dar al lector la ilusión de que tiene acceso directo al original”.¹¹⁷ Lo hice, entre otras maneras, conservando los textos en inglés que contiene su trabajo para transmitir la naturalidad en su manejo que pre-

¹¹⁶ Bunge, *op. cit.*, nota 111, p. 9.

¹¹⁷ Leys, Simon, “La experiencia de la traducción literaria”, trad. de José Manuel Álvarez-Flórez, *Letras Libres*, México, año XVIII, febrero de 2016, p. 8.

sentan los autores, mismos que al cabo son relativamente accesibles al público hispanohablante al que se dirige esta publicación. Sin embargo, no logré hacerme imperceptible, y prefiero que así haya sido.

En mi versión hay buen número de “notas del traductor” que tienen distintos fines: aportar información que aclare algún concepto empleado en el texto o en su traducción, brindar algún dato que facilite la comprensión, proporcionar fuentes de información adicionales, entre otros. Atrás señalé que este estudio tiene importancia vital para la defensa de los derechos fundamentales en México; en un ejercicio de “ponderación” concluí que esta finalidad última, a la que sirve proporcionar información relevante y conveniente para entender las ideas expuestas, es de mayor importancia que cumplir con rigor exacerbado los principios que rigen el verter un texto a otro idioma. O quizá se trate de una peculiaridad que distingue la traducción de textos académicos de otras especies.¹¹⁸

Mi edición consistió primeramente en adaptar el formato de los epígrafes del texto de Klatt y Meister a las especificaciones para libros que señalan los criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Siendo en su origen un capítulo de obra colectiva, el original se presenta en forma de ensayo, por lo que era necesaria esta modificación formal para ajustarlo a la presente publicación. Aparte de variar el sistema de numeración de sus encabezados y acomodar éstos, pero siempre manteniendo su jerarquía y la integridad del texto, designé sus secciones principales como “capítulos” y les di el trato que se observa en esta publicación. Sin variar su contenido, añadí algunos epígrafes para introducir algunas porciones del texto que carecían de ellos, con la intención de que dichos títulos mejoren su lectura.

¹¹⁸ Para iniciarse en las dificultades de esta labor véase Frost, Elsa Cecilia (comp.), *El arte de la traición o los problemas de la traducción*, 2a. ed., México, UNAM, 2000.

Otros cambios tienen la misma índole formal que el anterior. Modifiqué la forma en que los autores presentaban las conclusiones de su estudio, únicamente introduciendo los ordinales que distinguen cada una de ellas, para darles un estilo parecido al que en nuestro medio tienen esos elementos en una tesis de grado. Y, por último, incluí y anoté la lista final de fuentes bibliográficas y hemerográficas que nuestros autores citaron en su estudio, de la cual carece el original.

El segundo aspecto de mi edición es más sustantivo. Consistió en uno de mis empeños por brindar un texto más “directo” al lector en el sentido apuntado párrafos atrás. Con cuidado sustituí las referencias a la versión inglesa de las principales obras de Robert Alexy, que con frecuencia citaron nuestros autores, por las correspondientes a su traducción al español.¹¹⁹ El fin resulta obvio: es más probable que el lector hispanohablante tenga acceso a la edición en castellano de dichas obras, y tener la referencia a ella le permitirá consultar la cita precisa. Asimismo, mantuve o incluí las referencias a las versiones alemanas de esas obras para remitir al pensamiento original del profesor de Kiel, fuente que en lo posible debe preferirse.

Estas modificaciones fueron acordadas con los autores. Agradezco su esfuerzo para examinarlas e intercambiar conmigo puntos de vista a su respecto, y así presentar una digna y legítima versión en español de su importante trabajo. Mi gratitud también a Héctor Morales Zúñiga por su atinada revisión de esta labor.

IV. COMENTARIOS FINALES

Klatt y Meister contribuyen a demostrar que no hay más solución que el examen de proporcionalidad para resolver los conflictos entre principios constitucionales de manera objetiva, racional y comprensible, o que logre estas calidades en mayor grado. Otras opciones parecerán más fáciles, pero su sencillez no asegura su

¹¹⁹ *Op. cit.*, notas 10, 49 y 113.

corrección ni la plena eficacia de las disposiciones constitucionales relevantes en cada caso. A mi juicio, corrobora el valor del principio de proporcionalidad *lato sensu* la persistencia de su fórmula clásica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.¹²⁰

La recepción y el desarrollo del principio de proporcionalidad en México no ha sido fácil. Aun en este momento hay juristas mexicanos que ignoran su misma existencia o que lo aplican rudimentariamente —alegar un fin legítimo para avalar cualquier restricción a los derechos fundamentales no es “ponderar”—. Pero nuestros tribunales, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han mejorado su aplicación en los últimos años,¹²¹ y con una fórmula teóricamente correcta hoy se encuentra establecido mediante *jurisprudencia vinculante del Pleno del máximo tribunal* como el criterio para delimitar los derechos fundamentales y resolver los conflictos normativos en que intervienen.¹²²

El siguiente paso es profundizar en el conocimiento de la estructura del principio de proporcionalidad y precisar su aplicación. A este propósito nos será de singular utilidad el estudio de Matthias Klatt y Moritz Meister al que introducen estas líneas.

¹²⁰ Por ejemplo: 1 BvR 931/12, 14 de enero de 2015, § 54, <http://bit.ly/1AkQyLM>; 1 BvR 3102/13, 12 de enero de 2016, § 53, <http://bit.ly/1REybuC>; 1 BvL 6/13, 12 de enero de 2016, § 53, <http://bit.ly/1ocqLRE>; y 2 BvR 2748/14, 14 de julio de 2016, § 17, <http://bit.ly/2bDnOX5>.

¹²¹ Una de las más sofisticadas aplicaciones del principio de proporcionalidad por la Suprema Corte es el caso *Mariguana* (Primera Sala, amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015). Como se sabe, el máximo tribunal resolvió en él que diversas personas tienen derecho a esa sustancia para efectos lúdicos, contrastando su libertad genérica de acción —que en Alemania sentó el caso *Elfés* (BVerfGE 6, 32), citado por la Corte en la referida ejecutoria— con los fines que persigue la prohibición de dicho consumo. Las tesis relativas a este asunto aparecieron en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de noviembre de 2016; véase en particular “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL” (tesis 1a. CCLXIII/2016).

¹²² En virtud de lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 2/2014, como expone *supra*, § II.2.C.

Dicho ensayo contesta las principales objeciones que se le han formulado, y lo hace con un rigor científico que las supera. Ello abonará el camino para la mayor aceptación en México de dicho principio y su mejor implementación.

El principio de proporcionalidad muestra también que aplicar los derechos no es cosa de discursos, sino objeto de una *técnica muy elaborada*, reacia a soluciones fáciles. El respectivo examen evade respuestas abstractas o superficiales. En cambio, exige un análisis minucioso del caso concreto,¹²³ cuya dificultad compensa la obtención de la mejor respuesta jurídica para la situación particular. Conocer esta técnica es imperativo para cualquier jurista, porque sólo con ella puede darse una solución exacta a los problemas de los derechos fundamentales, que de otra forma no hallarían respuesta satisfactoria.

Hay todavía mucho que explorar y debatir en México respecto del principio de proporcionalidad, pero eso es justamente lo que necesitamos.¹²⁴ Y ello debe hacerse con base en vigorosas posiciones teóricas y dogmáticas, elaboradas precisamente para los retos de nuestro ordenamiento. Sirva el magnífico estudio que presentan estas líneas como herramienta e inspiración para ello.

¹²³ Una fórmula reiterada en la jurisprudencia alemana con el sentido apuntado puede verse en 2 BvL 1/12, 15 de diciembre de 2015, § 93, disponible en <http://bit.ly/1LO9zNI>.

¹²⁴ Así lo muestra la ejecutoria de un reciente precedente —afortunadamente hoy aún aislado— en exceso condescendiente con el legislador, dogmático y que implementó sin cuidado el examen de proporcionalidad: “VIOLACIONES PROCESALES. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY DE AMPARO, AL ESTABLECER QUE EL QUEJOSO DEBE PRECISAR LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 29, abril de 2016, t. II, tesis 2a. X/2016 (10a.), p. 1371.

LA PROPORCIONALIDAD
COMO PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

INTRODUCCIÓN

Tanto en la doctrina publicista de Alemania como en su praxis judicial y ejecutiva, el principio de proporcionalidad es un elemento esencial de los derechos fundamentales y del principio de Estado de derecho, según lo establece el artículo 20.3 de la Ley Fundamental.* Salvo pocas voces críticas,¹ hay unidad² en torno a que la

* “El Poder Legislativo está sujeto al orden constitucional, y el Ejecutivo y el Judicial a la ley y al derecho”. (N. del T.).

¹ Para lo último *cf.* Hillgruber, Christian, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren”, *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 66, 2011, p. 862. Véanse también Ossenbühl, Fritz, “Verfasungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen – Aussprache”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 39, 1981, p. 189 (participación en la discusión); Denninger, Erhard, “Polizei und demokratische Politik”, *Juristenzeitung*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Siebeck), año 27, 1970, p. 152. Parcialmente la crítica se relaciona en particular con la última fase del examen de proporcionalidad, que consiste en una ponderación de los intereses en colisión; en este sentido especialmente Jestaedt, Matthias, “The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 152-172; Poscher, Ralf, “The Principles Theory. How Many Theories and What is Their Merit”, en *ibidem*, pp. 218-247; Klement, Jan Henrik, “Common Law Thinking in German Jurisprudence. On Alexy’s Principles Theory”, en *ibidem*, pp. 173-200; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en *idem* (ed.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1991, pp. 168 y ss., y 199-197; Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992, pp. 310-318 (trad. de Manuel Jiménez Redondo: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2010); Fischer-Lescano, Andreas, “Kritik der praktischen Konkordanz”, *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, año 41, núm. 2, 2008, p. 172.

² BVerfGE 16, 194 (201-202); 17, 306 (313-314); 19, 342 (348-349); 23, 127 (133); 35, 382 (400-401); 55, 159 (165); 76, 1 (50-51); 92, 262 (273); 120,

proporcionalidad representa una exigencia básica de toda acción estatal. Ella es “popular y ubicua”.³ Para el Tribunal Administrativo Federal es nada menos que un “parámetro de valoración con validez general”.⁴

En cambio, en el plano internacional se presenta con claridad una imagen diferente, aunque es cierto que también aquí se encuentran opiniones positivas. Especialmente en los últimos veinte años, se ha diagnosticado una propagación verdaderamente dramática del principio de proporcionalidad en muchos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.⁵ Por todo el orbe, la proporcionalidad sería en las democracias liberales un parámetro de examen del control de los derechos fundamentales.⁶ Se le ha

274 (322); 126, 112 (144 y ss.); y 127, 132 (146). En la literatura, véanse sólo Schmidt-Abmann, Eberhard, “Der Rechtsstaat”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, t. II, § 87, y Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia, Heymann, 1961.

³ Así la caracterización introductoria de Merten, Detlef, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en *idem* y Papier, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. III, § 1.

⁴ BVerwG, resolución del 15 de julio de 2007, 1 WDS-VR 11/08 (juris), § 30.

⁵ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Estados Unidos, Universidad de Michigan, Escuela de Derecho, vol. 59, núm. 2, primavera de 2011, p. 467; Saurer, Johannes, “Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 51, núm. 1, enero de 2012, pp. 3 y ss.

⁶ Kumm, Mattias, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, p. 142: “a central feature of rights adjudication in liberal democracies worldwide”. Véase también Kumm, Mattias, “Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, pp. 130-131; Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres, Kluwer, 1996, p. 1; Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States*

señalado como “criterio universal de constitucionalidad”,⁷ y se le ha visto como “fundamento de un constitucionalismo global”.⁸ El principio de proporcionalidad rige en el derecho internacional público;⁹ en el de la Unión Europea;¹⁰ en el internacional de los derechos humanos, y en el constitucional nacional, no sólo de

of Central and Eastern Europe, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2008, p. 266; Hickman, Tom, “Proportionality: Comparative Law Lessons”, *Judicial Review*, Oxford, Hart, vol. 12, núm. 1, marzo de 2007, pp. 31-55.

⁷ Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 162.

⁸ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, Universidad de Columbia, Escuela de Derecho, vol. 47, núm. 1, 2008, p. 160. Véase también Law, David S., “Generic Constitutional Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2005, pp. 652 y ss.

⁹ Nolte, Georg, “Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 245-255; Franck, Thomas M., “Proportionality in International Law”, *ibidem*, pp. 231-242; Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación General núm. 10*, 29 de junio de 1983, § 4; *idem*, *Observación General núm. 22 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4)*, 30 de julio de 1993, § 8; *idem*, *Observación General núm. 27 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9)*, 2 de noviembre de 1999, § 2 y 16; Consejo Económico y Social de la ONU, “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex [1985])”, en *Human Rights Quarterly*, Baltimore, Estados Unidos, Johns Hopkins University Press, vol. 7, p. 3. Acerca del significado de la proporcionalidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos véase TEDH, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, núms. 7151/75 y 7152/75, fondo, 23 de septiembre de 1982, § 69: “The search for this balance is inherent in the whole of the Convention”; también *cf.* Rivers, Julian, “Proportionality and variable intensity of review”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, R. U., Universidad de Cambridge, vol. 65, núm. 1, 12 de marzo de 2006, pp. 174-207; Greer, Steven, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *idem*, vol. 63, núm. 2, 18 de junio de 2004, pp. 412-434.

¹⁰ Schwarze, Jürgen, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 718-726; Jans, Jan Hendrik *et al.* (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, p. 146; Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 136 y 137.

países europeos, sino a manera de ejemplo también en Latinoamérica, Canadá, Sudáfrica, Israel y Nueva Zelanda.¹¹ El último paso del examen de proporcionalidad es ubicuo en el derecho;¹² constituye el método imperante en la jurisdicción de los derechos fundamentales,¹³ y domina una parte amplia de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Kumm resumió esta apreciación y desarrollo en su correspondiente evaluación, diciendo que el principio de proporcionalidad quizá sería el trasplante jurídico más exitoso de la segunda mitad del siglo XX.¹⁴

La “marcha triunfal”¹⁵ del principio de proporcionalidad, declarada con lo anterior, se acompaña sin embargo en la doc-

¹¹ Cfr. Clayton, Richard, “Regaining a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle”, *European Human Rights Law Review*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 5, 2001, pp. 504-525; *idem*, “Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review”, *Judicial Review*, Oxford, Hart, vol. 7, núm. 2, junio de 2002, pp. 124-136; Hickman, *supra*, nota 6; *idem*, “The Substance and the Structure of Proportionality”, *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 4, 2008, pp. 694-716; Stone Sweet y Mathews, *supra*, nota 8, pp. 112 y ss.; Harbo, Tor-Inge, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2, marzo de 2010, pp. 171 y ss.

¹² Schauer, Frederick, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, en Klatt (ed.), *supra*, nota 1, pp. 307-316; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003, p. 436.

¹³ Stone Sweet y Mathews, *op. cit.*, nota 8, p. 72; Aleinikoff, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 96, 1987, pp. 943 y 944.

¹⁴ Kumm, Matthias, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on «A Theory of Constitutional Rights»”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 2, núm. 3, julio de 2004, p. 595.

¹⁵ Borowski, Martin, “Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 1, núm. 2, 2007, p. 210.

trina internacional por una marcada crítica.¹⁶ Para Webber, la proporcionalidad no es muy prometedor: ¹⁷ conduciría a menos-cabar la protección de los derechos fundamentales; ¹⁸ este autor critica que toda la ciencia iusfundamental* estaría recubierta completamente por un discurso en torno a la proporcionalidad y la ponderación. ¹⁹ Schauer resalta que el derecho constitucional norteamericano no sólo ignora el principio de proporcionalidad, sino también que por eso ha demostrado ser un sistema jurídico más maduro; ²⁰ según él, la proporcionalidad es indicio de un sis-

¹⁶ Junto a los autores enseguida señalados en el texto, también Martineau, Anne Charlotte, “La technique du balancement par l’Organe d’appel de l’OMC (études de la justification dans les discours juridiques)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, núm. 4, 2007, p. 1014; Koskenniemi, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 1990, p. 19; Greer, *loc. cit.*, nota 9.

¹⁷ Webber, Grégoire, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Londres, Ontario, Universidad de Ontario Occidental, Facultad de Derecho, vol. 23, 2010, p. 179: “there is much to suggest that there is no promise at all in proportionality reasoning”.

¹⁸ *Ibidem*, p. 202: “nothing short of a loss of rights”.

* El neologismo “iusfundamental” significa “relativo a los derechos fundamentales”. Es mi traducción del adjetivo “*grundrechtlich*”, de uso muy difundido en alemán, o bien lo empleo para mejorar el estilo de esta versión cuando es aplicable el significado indicado (N. del T.).

¹⁹ *Ibidem*, p. 179: “engulfed by the discourse of balancing and proportionality”.

²⁰ Schauer, Frederick, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, en Nolte, Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, R.U., Cambridge University Press, 2005, p. 49; *idem*, “The Exceptional First Amendment”, en Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 32. Sobre los diferentes orígenes de la ponderación en los Estados Unidos y Europa continental véase Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 263-286.

tema jurídico menos maduro, y le corresponde una función pasajera en el tránsito hacia un derecho constitucional más maduro. Finalmente, el *International Journal of Constitutional Law* publicó recientemente un acalorado debate sobre las ventajas y desventajas del principio de proporcionalidad;²¹ Tsakyrakis intentó ahí desmascarar al principio de proporcionalidad como un “atentado contra los derechos fundamentales”,²² mientras Khosla consideró que no se probó ni una sola desventaja.²³

Ante este trasfondo de la relación de tensión entre el visible éxito del examen de proporcionalidad, por un lado, y la crítica incisiva, por el otro, el presente estudio indaga la medida en que podría justificarse el principio de proporcionalidad como elemento de un constitucionalismo global, es decir, como principio constitucional universal. En su centro se hallan especialmente aquellas objeciones que determinan la nueva discusión internacional. Para comenzar, en el primer capítulo analizaremos la concepción de los derechos fundamentales individuales que subyace al principio de proporcionalidad, en relación con concepciones alternativas que los entienden primordialmente como intereses o triunfos;* con lo anterior, desarrollaremos un modelo

²¹ Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, pp. 468-494; Khosla, Madhav, “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply”, *idem*, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 298-306; Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Rejoinder to Madhav Khosla”, *idem*, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 307-310 (en adelante, citaremos este trabajo indicando que se trata de una “réplica”); Klatt, Matthias y Meister, Moritz, “Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy”, *idem*, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 687-708; Möller, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *ibidem*, pp. 709-731.

²² *Op. cit.*, nota 21, p. 468; y réplica, *cit.*, nota 21, p. 307.

²³ *Op. cit.*, nota 21, p. 298.

* “Triunfo” (“*Trumpf*” en alemán, palabra usada en el texto traducido; “*trump*” en inglés, que el mismo usará después refiriendo una conocida expresión de Ronald Dworkin). En una de sus acepciones, este vocablo significa “[En] algunos juegos de naipes, [la] carta del palo de más valor” (Real Academia Es-

que combina las funciones de contrafallo y de ponderación. Inmediatamente después, en los capítulos segundo y tercero, discutiremos sucesivamente la función de los argumentos morales en el examen de proporcionalidad y la objeción de la inconmensurabilidad. Luego, dedicaremos el capítulo cuarto a la objeción de que la proporcionalidad impone en vano la pretensión de una precisión mecanicista, supuestamente matemática; y enseguida, a la relación entre la proporcionalidad y una estrecha o amplia interpretación de los supuestos iusfundamentales, respondiendo a las críticas dirigidas a la última. En el capítulo quinto concluiremos con un análisis de caso en que se demostrarán los resultados esenciales de nuestra contribución ante un ejemplo concreto.

pañola, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014, s. v. “triumfo”); y alude a que invocar un derecho fundamental es un argumento invencible. Entre otros, refirió la idea de Dworkin el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en su voto particular para la contradicción de tesis 293/2011 (p. XV) resuelta por la Suprema Corte mexicana (N. del T.).

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS FUNDAMENTALES,
INTERESES Y TRIUNFOS

I. NOTAS INICIALES

Las objeciones al principio de proporcionalidad se vinculan frecuentemente con una imagen de la relación de los derechos fundamentales con otros intereses y principios que se considera inadecuada. Especialmente en el marco de la ponderación, los derechos fundamentales se enfrentan en igualdad de rango con intereses tanto privados como públicos.²⁴ Esta simetría disminuiría la fuerza normativa de los derechos fundamentales, porque su protección se daría en cada caso particular hasta luego de ponderarlos con otros principios;²⁵ pero en el seno de esta ponderación, los derechos fundamentales no tendrían una fuerza contundente.²⁶ En este sentido, ya no existiría más una protección efectiva;²⁷ no se podría hablar más de una garantía incondicionada, por lo cual finalmente aun los mismos derechos fundamentales podrían ser desplazados.²⁸

²⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471.

²⁵ *Ibidem*, pp. 470 y 471.

²⁶ Beatty, *op. cit.*, nota 7, p. 171.

²⁷ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 489. Semejante crítica en Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2009, p. 101.

²⁸ Rusteberg, Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2009, p. 71.

Es necesario un vistazo a las premisas de esta objeción para examinar su validez. Dicha objeción sólo sería correcta si en el marco del examen de proporcionalidad se diera una definición amplia del fin legítimo, y se tratara a los derechos fundamentales con el mismo rango que otros intereses en el marco de la ponderación. Si *todo* fin legítimo pudiese justificar intervenciones en un derecho fundamental, el Estado tendría libertad para invocar con ese propósito cualquier interés imaginable. Particularmente, ha de considerarse entonces una orientación a una multitud de intereses públicos; esto llevaría en el contexto de la ponderación —en tanto fuera correcta esta objeción— a que una multitud de intereses opuestos compitan, teniendo igual rango, con el derecho fundamental afectado.²⁹ Los derechos fundamentales de ninguna manera prevalecerían sobre otros intereses;³⁰ cualquier interés podría en el marco de la ponderación imponerse a una posición iusfundamental constitucionalmente garantizada; la protección efectiva de los derechos fundamentales ya no sería posible, pues una parte de su eficacia se neutralizaría.

Para impedir esta consecuencia, se argumenta que los derechos fundamentales no deberían entenderse como intereses de igual jerarquía que otros privados y públicos, sino como posiciones jurídicas que gozan de primacía frente a los últimos,³¹ como *trumps*,³² *side*

²⁹ Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 142.

³⁰ Kumm, *op. cit.*, nota 14, p. 582; *idem*, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 139; *idem*, “The Idea of Socratic Contestation...”, *cit.*, nota 6, p. 150; Harbo, *op. cit.*, nota 11, p. 166. *Cfr.* también McHarg, Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Modern Law Review*, Londres, London School of Economics, vol. 62, núm. 5, septiembre de 1999, p. 673; Aleinikoff, *op. cit.*, nota 13, pp. 166 y 167.

³¹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 473 y 470. Semejantes distinciones en McHarg, *op. cit.*, nota 30, p. 673; Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 141; Harbo, *op. cit.*, nota 11, pp. 166 y 167.

³² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1979, p. 193 (trad. de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012).

*constraints*³³ o *fire walls*.³⁴ Esta exigencia descansa en la básica concepción liberal de que desde el principio debería asignarse un peso destacado a los derechos fundamentales para conferirles primacía frente a otros intereses.³⁵ Puesto que el catálogo de derechos fundamentales sería inmanentemente un fuerte baremo en el sentido de una posición de primacía frente a otras consideraciones,³⁶ estos derechos siempre tendrían preferencia frente a otras consideraciones que carecieran de esa calidad; por consiguiente, también sería superfluo ponderar entre tales derechos y otros intereses no iusfundamentales. En conclusión, según estas posiciones, el concepto de ponderación no sería acorde con la situación de primacía de los derechos fundamentales.³⁷

Ha de contradecirse este argumento.³⁸ Mostraremos que: 1) el principio de proporcionalidad puede combinarse con el establecimiento de una posición de primacía de los derechos fun-

³³ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, pp. 28-33.

³⁴ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de William Rehg, Cambridge, Estados Unidos, MIT Press, 1996, p. 254 (trad. de Manuel Jiménez Redondo, *cit.*, nota 1).

³⁵ Greer, Steven, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, R.U., Cambridge University Press, 2006, p. 108; Dworkin, *op. cit.*, nota 32, p. 193; Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972, pp. 42-44 (trad. de María Dolores González: *Teoría de la justicia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014). Véase también la panorámica de Waldron, Jeremy, "Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, Hastings, Estados Unidos, Universidad de California, Colegio de Derecho en Hastings, vol. 45, 1993-1994, pp. 816 y 817.

³⁶ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 475.

³⁷ *Ibidem*, p. 468: "in... balancing, there cannot be any concept of fundamental rights having priority over other considerations"; Afonso da Silva, Virgílio, "Der Vergleich des Inkommensurablen", trad. de Shino Ibold, en Klatt, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 245 y 246.

³⁸ Para lo anterior comprensivamente véase también Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, cap. 2.

damentales, y 2) precisamente esta combinación hace posible la protección efectiva de dichos derechos.

II. PRIMACÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el marco del examen de proporcionalidad puede justificarse una *doble* primacía de los derechos fundamentales.³⁹ Primeramente, como posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, tienen primacía *definitiva* frente a consideraciones que no son constitucionales. En segundo término, los derechos fundamentales tienen primacía *prima facie* frente a consideraciones de igual jerarquía, pero que no son iusfundamentales. Para construir esta doble situación de primacía se requiere considerar dos elementos en el examen de proporcionalidad.

El *primer elemento* concierne a la definición del fin legítimo. Con el propósito de justificar la primacía de los derechos fundamentales frente a posiciones jurídicas no garantizadas constitucionalmente, a dicha definición no le está permitido abarcar todo fin legítimo. Una definición más estrecha se daría si estuviera permitido que los derechos fundamentales, en tanto son posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente, sólo fueran desplazados por otras posiciones jurídicas garantizadas *constitucionalmente*.⁴⁰ Tal definición estrecha del fin legítimo justifica dentro del principio de proporcionalidad una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a consideraciones no constitucio-

³⁹ Véase *idem* para otras posibilidades para justificar una posición de primacía iusfundamental.

⁴⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 258 y 259; *idem*, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 248 y 249; Von Arnould, Andreas, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 111; Misera-Lang, Kathrin, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1999, p. 9; y Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 213.

nales. Para determinar el fin legítimo en el sentido del principio de proporcionalidad, podríamos formular entonces la siguiente primera ley de primacía:

Los derechos fundamentales tienen primacía definitiva frente a principios no constitucionales.

Perseguir fines que la Constitución no protege es por ende ilegítimo. En el curso amplio del examen de proporcionalidad, esto conduce a que los derechos fundamentales contiendan dentro de la ponderación sólo con posiciones jurídicas también garantizadas constitucionalmente. De este modo, se conjura el peligro de que los derechos fundamentales puedan ser desplazados por cualesquiera intereses no constitucionalmente garantizados. Mediante una definición estrecha del fin legítimo, éstos ya no hallan el camino a la ponderación.

Sin embargo, esto aún no significa que corresponda a los derechos fundamentales una situación de primacía incluso frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas. Según lo explicado hasta ahora, los derechos fundamentales contendrían igual que antes y en igualdad de rango con, por ejemplo, una multitud de intereses públicos constitucionalmente protegidos. Aquí viene a cuento el *segundo elemento*: a los derechos fundamentales puede brindarse primacía en el marco de la ponderación también frente a otras posiciones jurídicas no iusfundamentales, pero constitucionalmente protegidas, asignándoles mayor peso abstracto.

Tal diferenciación es posible de la siguiente manera: con la ponderación se examina si la importancia de la persecución del fin legítimo justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción del derecho fundamental, tanto más importante tendrá que ser la satisfacción de los principios que justificarían la intervención.⁴¹ En esta ponderación pueden los pesos abstractos de los principios

⁴¹ Esta es la primera ley de la ponderación. Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 146; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 138.

en colisión tener un papel importante. El peso abstracto es el que corresponde a un principio con relación a otros, independientemente del caso concreto. Dentro del catálogo iusfundamental es absolutamente posible representarnos que derechos diferentes tienen pesos abstractos diferentes;⁴² por ejemplo: podría asignarse a la dignidad humana o al derecho a la vida un peso abstracto mayor que a la propiedad o al derecho general de libertad.⁴³ Estas conexiones son conocidas; pero lo nuevo radica en que de esta precisa manera podría atribuirse a los derechos fundamentales, incluso generalmente, un peso abstracto mayor que a otras posiciones jurídicas que puedan fundarse constitucionalmente; así se alcanzaría una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas. Este efecto puede reforzarse inmensamente, ya que los pesos abstractos de los derechos fundamentales pueden aumentarse de forma considerable.

Al asignarse mayor peso abstracto a los derechos fundamentales en el marco de la ponderación, la idea de una situación de primacía de los mismos incluso frente a otras posiciones jurídicas constitucionalmente fundadas puede entonces vincularse

⁴² Crítico respecto de la posibilidad de los pesos abstractos de los derechos fundamentales: Rusteberg, *op. cit.*, nota 28, pp. 52 y ss.

⁴³ Sobre el escaso peso abstracto del derecho de libertad general derivado del artículo 2.1 de la Ley Fundamental *cfr.* Meister, Moritz, *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011, pp. 243 y ss. Acerca del peso abstracto de la dignidad humana, Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 2. (El referido precepto consagra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En el caso *Elfes* [BVerfGE 6, 32 (36)], el Tribunal Constitucional Federal estableció que se trata de “un derecho fundamental autónomo que garantiza la libertad general de acción humana”; en términos llanos: el derecho a “hacer y omitir lo que se quiera” [Alexy, *Teoría... cit.*, nota 40, p. 301]. Aunque de ninguna manera es absoluto, este derecho genérico ofrece de manera subsidiaria una “protección comprehensiva *prima facie* contra cualquier intervención estatal sobre el individuo” [Cremer, Wolfram, “The Basic Right to ‘Free Development of the Personality’ – Mere Protection of Personality Development versus General Right of Freedom of Action”, en Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, p. 71] [N. del T.]

constructivamente con el concepto de ponderación. Si debiera efectuarse, y en qué medida, semejante diferenciación de los pesos abstractos dentro de la clase de intereses constitucionalmente protegidos es primeramente una cuestión de política constitucional que acá no ha de decidirse. Aquí se llega solamente a que también dentro del principio de proporcionalidad existe la posibilidad constructiva para ello.

Sin embargo, en esto debe considerarse que la asignación de un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales no determina el resultado de la ponderación. Es verdad que mediante la atribución de mayor peso abstracto los derechos fundamentales obtienen una especie de ventaja en la ponderación frente a principios constitucionales que no son de esta índole; pero su esbozada primacía existe sólo *prima facie*, no definitivamente. En caso de colisión, un derecho fundamental con mayor peso abstracto *no en todo caso* se impone a principios constitucionales que poseen uno menor.⁴⁴ Así, el peso abstracto de los principios es sólo uno entre varios puntos de vista que han de considerarse en la ponderación. Por consiguiente, podemos formular la segunda ley de primacía:

Cuanto mayor sea el peso abstracto de un derecho fundamental, tanto más se impone en la ponderación con los principios constitucionales con que colisiona.

Puede afirmarse que con el principio de proporcionalidad es posible combinar una *doble* situación de primacía de los derechos fundamentales. Por lo que respecta a una de ellas, se asegura una primacía definitiva a los derechos fundamentales frente a consideraciones que no son constitucionales, al verse exclusivamente las posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas como fines legítimos. En lo tocante a la otra, asignándoles un peso abstracto mayor en el marco de la ponderación, puede justificarse una situa-

⁴⁴ Pero así Rawls, *op. cit.*, nota 35, p. 43. Cfr. *idem*, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 296 (trad. de Sergio René Madero Báez: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013).

ción de primacía *prima facie* para los derechos fundamentales frente a otras posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente.

III. PROTECCIÓN EFECTIVA

El propósito de justificar una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otras consideraciones es garantizarles una protección efectiva. En el modelo que se acaba de desarrollar, que con el principio de proporcionalidad combina una doble primacía de los derechos fundamentales frente a otras consideraciones, tales derechos como posiciones jurídicas constitucionalmente garantizadas tienen una primacía definitiva ante consideraciones que no son constitucionales. Por lo demás, se les concede una primacía *prima facie* ante consideraciones fundadas constitucionalmente.

Según esto, los derechos fundamentales en efecto carecen de primacía definitiva frente a otros principios constitucionales. En este sentido, la efectividad de su tutela se reduce frente a la de un modelo que afirma la primacía abstracta definitiva de los derechos fundamentales. No obstante, hay en el descrito modelo de combinación una tutela iusfundamental efectiva, lo que resulta de tres distintas murallas.

En primer lugar, con base en la estrecha definición del fin legítimo en la ponderación, sólo aquellos principios que gozan de estatus constitucional pueden competir con los derechos fundamentales. Con lo anterior se conjura especialmente el peligro de que para restringirlos, el Estado pueda invocar discrecionalmente una multitud de intereses públicos no justificables constitucionalmente. De la primera ley de primacía resulta que los derechos fundamentales disfrutan de prevalencia sobre todo principio que no sea constitucional; por ende, los derechos fundamentales contienden en el marco de la ponderación sólo con posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas.⁴⁵

⁴⁵ Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 213, n. 71.

En segundo lugar, asignándoles un mayor peso abstracto, se justifica en el marco de la ponderación una situación de primacía de los derechos fundamentales frente a otros principios constitucionales. En particular, pueden hacerse dentro de la clase de los derechos fundamentales mayores diferenciaciones con las que se asigne un gran peso abstracto a derechos fundamentales especialmente importantes; de tal modo, éstos se imponen frente a mandatos de optimización especialmente ligeros con los que contienen; en este sentido, los derechos fundamentales pueden gozar de una ventaja en la ponderación. En caso de ser más pesados, los principios que colisionan con los derechos fundamentales se imponen a éstos. Rige la segunda ley de primacía: cuanto mayor sea el peso abstracto de un derecho fundamental, tanto más se impone en la ponderación con principios constitucionales con que colisiona.

El tercer baluarte consiste en que las posiciones jurídicas iusfundamentalmente protegidas no pueden hacerse a un lado por completo en el modelo de combinación, incluso en la ponderación;⁴⁶ en cada caso tiene que mantenerse un ámbito medular del derecho, su contenido esencial. A este respecto, tampoco es correcto el argumento de que la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales es incompatible con el concepto de la ponderación.⁴⁷ El contenido esencial de un derecho fundamental es lo que resta de él luego de efectuar la ponderación;⁴⁸ las restricciones proporcionales de los derechos fundamentales no vulneran su contenido esencial, aun si en el caso concreto nada de ellos quedara.⁴⁹

A pesar de todo, siempre puede garantizarse un mínimo absoluto de protección en el marco de la ponderación, pues con la creciente intensidad de la intervención los derechos fundamen-

⁴⁶ Según Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 489: “everything... is... up for grabs”.

⁴⁷ En este sentido *ibidem*, p. 492.

⁴⁸ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 269; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 259. Aquí se trata de una teoría relativa del contenido esencial.

⁴⁹ *Idem*.

tales se fortalecen sobreproporcionalmente (*überproportional*);⁵⁰ por lo tanto, es difícil, si no imposible, justificar intervenciones muy intensas, en virtud de que aumenta continuamente el peso de las razones que se requieren para hacerlo. Cuanto más intenso sea el grado de insatisfacción de un principio, tanto más difícil será justificarlo mediante el grado de importancia —por muy alto que sea— de la satisfacción del principio opuesto; cuanto más intensamente se reduzca la satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor tendrá que ser la ventaja asociada con ello para el principio que lo justifica, y viceversa. Esta conexión puede explicarse mediante la función de la utilidad cóncava según la ley de la utilidad marginal decreciente,⁵¹ y últimamente también con la función de Nash.⁵² Bajo determinadas condiciones, es

⁵⁰ Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 140 (trad. de Rubén Sánchez Gil: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 13 [N. del T.]). *Cfr.* Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3. (El término “sobreproporcional [*überproportional*]” expresa en alemán un concepto más específico que la “desproporción (*unverhältnismäßigkeit*)” genérica: que el número de algo es muy alto respecto de un conjunto total en el que se integra; se trata de una desproporción “hacia arriba” del objeto al que se aplica este adjetivo [N. del T.].)

⁵¹ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, pp. 146-149; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, pp. 139-141; Rawls, *op. cit.*, nota 35, pp. 37-40; Barry, Brian M., *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*, Berkeley, University of California Press, 1990, pp. 3-8. (Según la ley de la utilidad marginal decreciente, la satisfacción que produce una nueva unidad de un bien es cada vez menor, su utilidad disminuye como mayor sea su disponibilidad o consumo [*cf.* Wonnacott, Paul y Wonnacott, Ronald, *Economía*, 4a. ed., trad. del equipo de profesores del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad Politécnica de Cataluña, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 456-458]. Llevar esta ley económica al terreno de los derechos fundamentales significa que cada grado que pudiera añadirse a la satisfacción de un principio valdrá menos que el anterior, por lo que sería menos importante obtenerlo, con todas las implicaciones que ello tenga [N. del T.].)

⁵² Veel, Paul-Erik N., “Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, p. 218. (El “equilibrio de Nash” es un concepto de la teoría de los juegos, formulado por el matemático norteamericano John

por consiguiente en gran medida seguro que ningún principio que se le oponga recibirá primacía definitiva frente a un derecho fundamental; estas condiciones dan forma al contenido esencial del derecho fundamental.⁵³ La idea de un contenido esencial de los derechos fundamentales es por ende compatible con el concepto de la ponderación.

IV. CONCLUSIÓN

Es preferible un modelo que combina una doble primacía para los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad, y que erige tres baluartes contra su restricción intensa. De esta manera se garantiza la protección de los derechos fundamentales en el marco del examen de proporcionalidad, sin que se les tenga que otorgar una situación de primacía abstracta y *definitiva* frente a otras consideraciones. Esto hace posible una aplicación iusfundamental flexible, optimizada en concreto para las condiciones fácticas y jurídicas del caso particular. En especial, los derechos fundamentales y los intereses públicos pueden ponerse en justo equilibrio sin descuidar la importancia de los primeros.

Nash en 1951, que puede tener múltiples aplicaciones económicas y políticas. Consiste en un punto en que la posición de un jugador es óptima en función de la asumida por su contrario, y viceversa, sin que alguno tenga incentivo para alejarse de la posición que adoptó. Según el caso, puede haber varios puntos de equilibrio de Nash o ninguno; pero, desde luego, todo ello enlazado por los conceptos económicos básicos de “optimización” y “equilibrio”. *Cf.* Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, 5a. ed., trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Madrid, Pearson Prentice Hall, 2006, pp. 480-486; Nicholson, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y aplicaciones*, trad. de Esther Rabasco Espariz y Luis Toharia Cortés, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 438-442, Varian, Hal R., *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, 4a. ed., trad. de Ma. Esther Rabasco y Luis Toharia, Antoni Bosch, 1998, pp. 2, 3 y 497-502 [N. del T.]

⁵³ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, pp. 271 y 272; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, pp. 261 y 262.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROPORCIONALIDAD Y MORAL

I. NOTAS INICIALES

Una crítica expresada frecuentemente se dirige contra la concepción de la proporcionalidad como una categoría *jurídica*. Como se ha hecho valer, se trataría más bien de un principio de utilidad *política* o de razón *moral*. Entonces resultaría con seguridad indiscutible que el principio de proporcionalidad es muy cercano a argumentos políticos y morales —al fin y al cabo ya el primer nivel de examen, el fin legítimo, se relaciona con la determinación de objetivos—.

La objeción profundiza todavía más: la proximidad de la proporcionalidad con la moral y la política sería tan grande que el plano de examen jurídico se abandonaría, lo que se ocultaría con la máscara de la objetividad del derecho. Tsakyrakis argumentó que el principio de proporcionalidad finge poder relacionar valores sin una argumentación moral, dando la impresión de objetividad y neutralidad, y pretendiendo ser independiente de consideraciones morales.⁵⁴ Webber reprocha al principio de proporcionalidad que “despolitiza” los derechos fundamentales “by purporting to turn the moral and political evaluations involved in

⁵⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 474 y 475: “tends to neglect any moral reasoning”; “risks neglecting the complexity of moral evaluation”. Asimismo, Tsakyrakis, réplica, *cit.*, nota 21, p. 308: “reducing human rights adjudication to questions of relative weight in order to bypass the moral discourse on values and priorities”.

delimiting a right into technical questions of weight and balance. Yet, the attempt to evade the political and moral questions inherent in the process of rights reasoning is futile”.⁵⁵

Observado a la luz, este argumento de la “infección moral” de la proporcionalidad consta de dos premisas. La primera: el examen de proporcionalidad necesariamente contiene argumentos morales. La segunda: el examen de proporcionalidad pretende ser moralmente neutral. La primera premisa es verdadera; en cambio, la segunda es falsa.

Todo examen de proporcionalidad implica una argumentación moral.⁵⁶ Suponer lo contrario requiere declarar la argumentación jurídica como una zona libre de valores, lo que por muchas razones no conviene.⁵⁷ Hay que asentir en consecuencia a la primera premisa: el principio de proporcionalidad puede dar resultados correctos si refleja y considera la aplicación de valoraciones morales;⁵⁸ no puede decirse que se oculta esta circunstancia del principio de proporcionalidad, más bien la relación con la argumentación moral es desde hace mucho reconocida y hasta analizada con detalle. Por consiguiente, hay que oponerse a la segunda premisa: los argumentos morales forman

⁵⁵ Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 179 (“al pretender convertir las evaluaciones morales y políticas involucradas en la delimitación de un derecho en cuestiones técnicas de peso y equilibrio. Además, es fútil el intento de evadir las cuestiones políticas y morales inherentes al proceso de razonamiento de los derechos”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]). *Cfr.* Alexy, Robert, “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en Schliesky, Utz, Christian Ernst y Sönke E. Schulz (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 10.

⁵⁶ Para mayor precisión sobre lo anterior véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

⁵⁷ Acerca de la doble naturaleza del derecho y de la argumentación jurídica véase Alexy, Robert, “Die Doppelnatur des Rechts”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 50, núm. 3, julio de 2011, p. 389. *Cfr.* Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 254 y 255. Sobre la relación entre los principios jurídicos y los morales véase también Poscher, *loc. cit.*, nota 1. Para una visión muy ingenua véase Beatty, *op. cit.*, nota 7, pp. 160, 166 y 169.

⁵⁸ *Cfr.* Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 491.

un elemento necesario de todo examen de proporcionalidad, aun cuando esto no siempre se hace explícito en la práctica judicial y argumentativa.⁵⁹ Esta tesis debe probarse aquí con ayuda de dos elementos de la teoría de la argumentación jurídica, a saber: la tesis del caso especial y la distinción entre la justificación interna y la externa.

II. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

La tesis del caso especial ha sido desarrollada para la argumentación jurídica, en tanto ésta se realiza bajo la forma del silogismo judicial. Según la opinión defendida aquí, es no obstante transferible a la argumentación en el marco del examen de proporcionalidad, especialmente a la ponderación de los principios en colisión, dentro del análisis de proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁰

Esta tesis indica que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general;⁶¹ ella consta de

⁵⁹ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1996, p. 14 (véase la traducción del capítulo respectivo por Imer B. Flores: "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 3-52 [N. del T.]).

⁶⁰ Sobre la subsunción y la ponderación como las dos formas básicas de la argumentación jurídica véase Alexy, *op. cit.*, nota 12, p. 433. Son críticos Jes-taedt, *loc. cit.*, nota 1, y Poscher, *loc. cit.*, nota 1.

⁶¹ Alexy, *op. cit.*, nota 57, pp. 403 y 404; *idem*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 263-272; *idem*, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 206-213. La tesis del caso especial es objeto de crítica; véanse Habermas, *op. cit.*, nota 34, pp. 33 y ss., 204 y 206; y Günther, Klaus, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis'", *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, p. 143. La defensa de Alexy puede verse en Alexy, Robert, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Esta-

dos enunciados.⁶² Primero, los discursos jurídicos son casos del discurso práctico general; comparten objeto con éste, o sea, las preguntas fundamentales de la filosofía práctica sobre lo debido, prohibido y facultativo. Y segundo, los discursos jurídicos se caracterizan por restricciones específicas; por consiguiente, no aspiran a responder las preguntas normativas en un sentido general o absoluto, sino que más bien se trata de una respuesta en el seno de un ordenamiento jurídico concreto; éste contiene una plétora de restricciones en forma de normas vinculantes, precedentes y construcciones dogmáticas; por ende, que el discurso jurídico ha de valer como caso especial del discurso práctico general se debe a su carácter institucional y autoritativo.

En el presente contexto es decisivo el primer enunciado de la tesis del caso especial. De él resulta que el examen de proporcionalidad, incluyendo la ponderación, representa un caso de la argumentación moral. Por lo tanto, no viene al caso, la objeción Tsakyrakis plantea que más o menos en el sentido de que el principio de proporcionalidad suplanta la argumentación moral.⁶³ Afonso da Silva formuló lúcidamente esta relación:

En esto [Tsakyrakis] deja de atender que la definición de los grados de satisfacción o de insatisfacción de un principio —como casi todo en la argumentación jurídica— siempre puede controvertirse. Así, pueden venir a la discusión todos los argumentos

dos Unidos, Universidad de Boloña, vol. 12, núm. 4, diciembre de 1999, pp. 374-384; e *idem*, “Justification and Application of Norms”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, pp. 157-170. También *cf.*: Pavlakos, Georgios, “The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 2, núm. 2, junio de 1998, pp. 126-154, y Dwars, Ingrid, “Application Discourse and the Special Case-Thesis”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 5, núm. 1, marzo de 1992, pp. 67-78.

⁶² Alexy, Robert, “Legal Philosophy: 5 Questions”, en Nielsen, Morten Ebbe Juul (ed.), *Legal Philosophy: 5 Questions*, Copenhagen, Automatic Press-VIP, 2007, p. 2.

⁶³ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 488.

que se manifiestan en la argumentación jurídica, incluso puntos de vista morales. Al igual que justificar las premisas (*Voraussetzung*) del silogismo jurídico, decidir que una determinada restricción de un derecho fundamental sea leve, media o grave, no es un procedimiento lógico libre de valoración.⁶⁴

III. JUSTIFICACIONES INTERNA Y EXTERNA

Distinguir entre la justificación interna y la externa también concierne a la relación entre ponderación y argumentación jurídica.⁶⁵ También esta distinción se desarrolló originalmente para el análisis del silogismo judicial, pero como recién se mostró, es transferible a la ponderación en el marco del examen de proporcionalidad.⁶⁶

A la justificación interna atañe la cuestión de si el resultado de la ponderación puede derivarse de sus premisas, la cual puede responderse con ayuda de la estructura formal de la ponderación como es expresada en la fórmula del peso.⁶⁷ Tan pronto como se

⁶⁴ Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, p. 254.

⁶⁵ Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim, Peter Kreuzt y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, p. 771; *idem*, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13 y 14, <http://bit.ly/2c5bsKx>; *idem*, *Theorie...*, *cit.*, nota 61, p. 273; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 61, pp. 213 y 214; y Wróblewski, Jerzy, “Legal Sillogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 39 y ss. Neil MacCormick utiliza los conceptos —materialmente sinónimos— de *first-order justification* y *second-order justification* en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 101.

⁶⁶ Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 10, núm. 1, enero de 2012, pp. 69-105.

⁶⁷ Sobre la fórmula del peso véase en particular Alexy, “Die Gewichtsformel”, *cit.*, nota 65, pp. 777 y ss.; e *idem*, “La fórmula del peso”, *cit.*, nota 65, pp. 22 y ss.

efectúan las valoraciones que necesariamente se dan según esta estructura, por ejemplo: la gradación de la intensidad de una intervención en un derecho fundamental o del peso de un principio que la justifica, sigue la ulterior argumentación de la estructura de la fórmula del peso y, en tanto pueden emplearse cifras, las reglas de la aritmética. Esto es —al igual que con el silogismo judicial que sigue las reglas de la lógica— solamente una cuestión de estructura formal.

Naturalmente, ni el silogismo judicial ni la fórmula del peso determinan la verdad o la corrección de las premisas;⁶⁸ ambos se refieren solamente a las relaciones de inferencia entre premisas y conclusiones. En cambio, la verdad o la corrección de las premisas concierne a la justificación externa; aquí se trata, por ejemplo, de las valoraciones utilizadas en el examen de proporcionalidad de un medio como idóneo o necesario, al igual que de las gradaciones indispensables para la ponderación. En la justificación externa ha de fundamentarse, por ejemplo, la valoración como “leve” de la intervención en un derecho fundamental empleada en la última fase del examen de proporcionalidad, o la valoración como “grave” del peso de un principio con el que colisiona.⁶⁹

Precisamente esta justificación llega al examen de proporcionalidad a través de los argumentos morales. La valoración de las intensidades de la intervención y de los pesos, al igual que el juicio sobre la idoneidad o la necesidad, no pueden efectuarse sin recurrir a consideraciones morales. Los tribunales tienen que justificar sus decisiones tanto interna como externamente; por consiguiente, no pueden evadir la difícil complejidad moral de muchos casos; esto ha sido parcialmente pasado por alto en la discusión internacional.⁷⁰

⁶⁸ *Cf.* Jestaedt, *op. cit.*, nota 1.

⁶⁹ *Cf.* Webber, *op. cit.*, nota 17, pp. 184 y ss.

⁷⁰ McHarg, *op. cit.*, nota 30, p. 681, y Coffin, Frank M., “Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 63, 1988, p. 22.

IV. PONDERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN MORAL

La extraordinariamente notable contribución de la estructura formal de la proporcionalidad y de la ponderación justamente consiste en evidenciar con gran claridad aquellas premisas que tienen que justificarse de modo externo. No puede decirse por tanto que los problemas morales sean encubiertos, como afirmó Tsakyrakis;⁷¹ lo contrario es el caso. El examen de proporcionalidad muestra clara y transparentemente qué consideraciones morales son relevantes en la argumentación jurídica y en qué ubicación; muestra qué proposiciones tiene que justificar externamente un tribunal para emitir un juicio correcto.⁷²

Se puede decir que el fundamento de una decisión es tanto más claro y racional como más explícitamente se manifiesten los argumentos morales de un caso.⁷³ Estructuras formales como las de la proporcionalidad y de la ponderación pueden facilitar esencialmente esta misma tarea. Con ellas se promueve la racionalidad de la argumentación jurídica constitucional en su totalidad.

A través de la conexión de las justificaciones externa e interna, el examen de proporcionalidad y ponderación se relaciona estrechamente con la teoría de la argumentación jurídica, que se comprende en una teoría de la argumentación práctica general.⁷⁴ Mattias Kumm examinó más detalladamente esta relación:

The metaphor of “balancing” should not obscure the fact that the last prong of the proportionality test will in many cases require the decision-maker to engage in theoretically informed practical reasoning, and not just in intuition-based classificatory labeling. At the level of evaluating the relative importance of the

⁷¹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 493: “obscure the moral considerations that are at the heart of human rights issues”.

⁷² *Cfr.* Alexy, *A Theory...*, *cit.*, nota 40, p. 107: “The Law of Balancing tells us what it is that has to be rationally justified”.

⁷³ En este sentido, Tsakyrakis, réplica, *op. cit.*, nota 21, p. 310.

⁷⁴ *Cfr.* Alexy, *A Theory...*, *op. cit.*, nota 40, p. 109.

general interest in relation to the liberty at stake, the weights can be assigned and priorities established as required by the correct substantive theory of justice. The last prong of the proportionality test then provides a space for the reasoned incorporation of an understanding of liberties that expresses whatever priority over collective goods is substantively justified.⁷⁵

Alexy destacó asimismo este punto en su respuesta a Kumm: el principio de proporcionalidad necesariamente tiene que ser complementado con argumentos de moralidad política sustancial.⁷⁶ Alexy coincide entonces con Kumm y resalta: “Proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside”.⁷⁷

En conjunto, estas reflexiones muestran con precisión lo que justamente significa hablar de la neutralidad de la proporcionalidad como estructura formal: el principio es neutral en lo tocante a su estructura formal, y en esta medida puede señalarse como un criterio de constitucionalidad válido universalmente.⁷⁸ Pero esta estructura formal necesariamente tiene que colmarse mediante argumentos con impronta moral, relacionados con el valor y el peso. Éstos variarán según las perspectivas filosóficas y las preferencias políticas; Beatty lo formula de modo ilustra-

⁷⁵ “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 148 y 149 (“La metáfora de la ‘ponderación’ no debe oscurecer el hecho de que la última punta del examen de proporcionalidad requerirá en muchos casos que el decisor se involucre con un razonamiento práctico informado teóricamente, y no sólo con etiquetas clasificatorias basadas en la intuición. Al nivel de la evaluación de la importancia relativa del interés general en relación con el interés de libertad en juego, pueden asignarse los pesos y establecerse prioridades como requiera la teoría de la justicia sustantiva correcta. La última punta del examen de proporcionalidad provee entonces un espacio para la incorporación razonada de un entendimiento de las libertades que exprese que la prioridad de que se trate sobre los bienes colectivos está sustantivamente justificada”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]). Del mismo autor véase, también, *op. cit.*, nota 14, p. 575.

⁷⁶ *Cfr.* Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 132.

⁷⁷ “Thirteen Replies”, en Pavlakos (ed.), *op. cit.*, nota 6, p. 344.

⁷⁸ Beatty, *op. cit.*, nota 7, p. 162: “a universal criterion of constitutionality”.

tivo: “Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests”.⁷⁹

Si el principio de proporcionalidad se entiende de esta manera, puede salvaguardar su pretensión de neutralidad y validez general, sin servir de apoyo a una “despolitización”⁸⁰ del derecho constitucional.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 167 y 168.

⁸⁰ Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 191.

CAPÍTULO TERCERO

EL PROBLEMA
DE LA INCONMENSURABILIDAD

El principio de proporcionalidad, en especial su fase del examen de ponderación, para muchos fracasa ante el problema de la inconmensurabilidad. Los valores y principios yuxtapuestos, así se dice, podrían no ser mesurables con una escala común;⁸¹ sería imposible sopesar valores inconmensurables.⁸²

La objeción de inconmensurabilidad ha sido señalada como la más efectiva crítica a la teoría de la ponderación.⁸³ Se presenta en dos variantes: la primera pone de relieve que habría principios y valores que no son cuantificables;⁸⁴ la segunda se opone a suponer una cuantificabilidad sobre una escala *común*.⁸⁵ La diferencia entre ambas variantes consiste en que la primera se refiere a principios en particular, mientras que la segunda se detiene en las relaciones entre al menos dos principios.

⁸¹ Cfr. Finnis, John, “Natural Law and Legal Reasoning”, en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 146 y 151; Aleinikoff, *op. cit.*, nota 13, pp. 972 y ss.; Zucca, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 55-60 y 85-86.

⁸² Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471.

⁸³ *Idem*. Para una discusión comprehensiva, véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

⁸⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 475: “our moral universe includes ideas not amenable to quantification”.

⁸⁵ Véase *supra*, nota 82.

I. FALTA DE CUANTIFICABILIDAD

La primera variante de la objeción de inconmensurabilidad acierta en que los principios son cuantificables con diferentes medidas. Los derechos que como la libertad de propiedad tienen gran cercanía con la dimensión monetaria son más fáciles de cuantificar que los carentes de ella. No obstante, sería desacertado suponer que el examen llevado a cabo en la fase de ponderación se encomienda a un cifrado matemático exacto del peso de los principios en colisión. Más bien, en este caso siempre es posible una ponderación si pudiera asignarse el peso de los principios con base en una escala de al menos dos grados; en este sentido, basta una escala ordinal, y por el contrario, una cardinal o de intervalo (*kardinal*)* no es indispensable.⁸⁶

Además, el peso de principios y valores que no son cuantificables matemáticamente también puede jerarquizarse en función de una escala triádica con calidad leve, media o grave. Para decir esto con mayor claridad: la cuantificabilidad faltante no es una razón *contraria* a la capacidad de ponderación de estos prin-

* Una escala o variable “ordinal” o de “orden jerárquico” establece “posiciones relativas de los objetos o fenómenos en estudio, respecto a alguna característica de interés, *sin que se reflejen distancias* entre ellos”; en cambio, una “de intervalo” “[r]epresenta un nivel de medición más preciso, matemáticamente hablando...; no sólo se establece un orden en las posiciones relativas de los objetos o individuos, sino que *se mide también la distancia* entre los intervalos o las diferentes categorías o clases”; Mendoza Rivera, Henry y Bautista M., Gloria, *Probabilidad y estadística*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, <http://bit.ly/1iPgvEQ> (énfasis añadido). Se emplea a menudo la ordinal para medir “actitudes y opiniones”, como las expresadas al determinarse que una intervención es leve, media o grave en la ponderación; *cf.* Ritchey, Ferris J., *Estadística para las ciencias sociales. El potencial de la imaginación estadística*, trad. de Édgar Rubén Cosío Martínez, México, McGraw-Hill, 2001, pp. 41-47. Véase también, Alexy, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 131 [N. del T.].

⁸⁶ Griffin, James, “Incommensurability: What’s the Problem?”, en Chang, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1997, p. 35; y Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, p. 247.

cipios, sino más bien una decisiva a favor de la aplicación de la escala triádica; de ahí que justo los *hard cases* de la ponderación sean la prueba del modelo de proporcionalidad. Afonso da Silva expresó con precisión este punto de vista: “Son más bien aquellos casos que tratan de valores inconmensurables (en sentido fuerte) los que solo mediante la comparación y la ponderación pueden decidirse racionalmente”.⁸⁷

Por cierto, que en casos complejos la gradación de los valores sea más difícil, y que en algunos parezca casi imposible, no son razones para despedirse totalmente del principio de proporcionalidad o de la ponderación. Y tampoco lo son para que por lo anterior se renuncie también a la racionalidad que se obtiene con el examen de proporcionalidad en los numerosos casos en que el modelo funciona sin dificultades.

Naturalmente, es acertado que toda gradación de un peso puede ser discutida y criticada en un caso concreto; sin embargo, lo anterior toca a la justificación externa y no se opone a la escala triádica como tal. En este punto puede ahora advertirse con claridad que la primera variante de la objeción de inconmensurabilidad al cabo no es otra cosa que la objeción de irracionalidad de la ponderación que Habermas hizo valer. Se discute finalmente la posibilidad de justificar racionalmente proposiciones sobre pesos y valores; de ahí que la primera variante de la objeción de inconmensurabilidad no sea un argumento independiente.

El empleo de la escala triádica sólo sería irracional si en un considerable número o categorías de casos fuera imposible resolver una determinada gradación con motivos racionales, pero esta suposición no convence. Ella significaría controvertir en conjunto toda posibilidad de una argumentación práctica racional, y con ello ser víctima de un escepticismo radical; en segundo término, con ella también se desistiría de la idea de la ciencia jurídica constitucional como ciencia. Además, con ello se renunciaría a la concepción de que las Constituciones podrían erigirse en un

⁸⁷ *Ibidem*, p. 246.

punto de referencia común, con cuyo auxilio pueden valorarse los principios en colisión.⁸⁸

Tsakyrakis esgrimió que la teoría de la ponderación transformaría el peculiar significado de los derechos fundamentales en algo aparentemente cuantificable.⁸⁹ Esta objeción no sólo confunde la comparabilidad con la cuantificabilidad; dicho autor tampoco aclara lo que entiende precisamente por “peculiar significado” de los derechos fundamentales. Sin embargo, del contexto de su argumentación se determina que alude a la capacidad de los derechos para repeler otras razones (*schiolds*) o ser cartas de triunfo ante ellas (*trumps*). No obstante, esta capacidad ha de separarse de los problemas de la cuantificabilidad y de la inconmensurabilidad, y fue ya discutida arriba.⁹⁰

Luego argumenta Tsakyrakis que el empleo de escalas origina un problema: se tendería a privilegiar los principios cuantificables frente a aquellos que no lo son; con ello se asignaría a los primeros un papel en la argumentación de la proporcionalidad que de otra manera no tendrían.⁹¹ Aquí se requiere aclarar lo que este autor quiere decir con “de otra manera”: si un determinado principio es relevante desde el punto de vista de la Constitución, entonces hay que considerarlo en la ponderación; no puede ser ignorado. Si ha de ser considerado, entonces tendría precisamente el papel que le corresponda al peso que se le atribuya. Este papel no puede ser cambiado a voluntad, sino sólo dando razones que justifiquen la asignación de otro peso.

De ahí que sea desacertada la objeción de privilegio: no está presente el peligro de privilegiar los principios cuantificables. Tan pronto como dos principios se jerarquizan sobre una escala

⁸⁸ Cfr. Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, nota 65, pp. 781 y 782; *idem*, “La fórmula del peso”, *op. cit.*, nota 65, pp. 27 y 28.

⁸⁹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 488: “erodes these rights’ distinctive meaning by transforming them into something seemingly quantifiable”.

⁹⁰ Véase *supra*, capítulo primero.

⁹¹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 485: “assign them a role in the reasoning process that they would otherwise lack”.

común —y esto es indispensable para toda ponderación— ya no podrá surtir efecto su diferente cuantificabilidad, puesto que la valoración de los respectivos pesos como leve, medio o grave tiene que justificarse externamente; esta justificación no se halla encomendada a la cuantificabilidad, y por ello no está influida por ella. Por supuesto, puede cuestionarse una justificación externa, y esto también sucede con frecuencia; pero en tanto los principios sean valorados sobre una escala común y por lo mismo desde un punto de vista común, esta circunstancia no será argumento suficiente para suponer un privilegio a favor de los principios cuantificables.

II. FALTA DE PARÁMETRO DE COMPARACIÓN

La segunda variante de la objeción de inconmensurabilidad critica el intento de casi artificialmente hacer comparables principios inconmensurables mediante la afirmación de una escala en apariencia común.⁹² Tal escala común como parámetro de comparación más bien con frecuencia estaría ausente. A diferencia de la primera variante, esta objeción no se orienta a la posibilidad de ubicar los principios como tales en una jerarquía o escala, sino niega que la gradación pueda tener lugar en una escala *común*.⁹³

Esta objeción acierta en que toda comparación de principios presupone la existencia de una escala común.⁹⁴ En este punto es relevante distinguir entre una tesis de inconmensurabilidad fuerte y una débil. La mayoría de las veces se afirma sólo la última, que se remonta a Waldron. Es cierto que ella niega la existencia de una escala común para todos los principios; no obstante, parte de que con motivos racionales podrían establecerse relacio-

⁹² *Ibidem*, p. 471: “impossibility of measuring incommensurable values by introducing the image of a... common metric”.

⁹³ *Cfr.* Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 194.

⁹⁴ Para lo anterior véase Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 248, 249, 252 y ss.

nes de preferencia entre los principios.⁹⁵ Sin embargo, como más o menos objeta Tsakyrakis, estos motivos necesariamente serían razones morales —pero el principio de proporcionalidad afirma ser moralmente neutral—.⁹⁶

Es importante asentar que la tesis débil de inconmensurabilidad mantiene las relaciones de preferencia con fundamento racional; accede solamente a que éste contenga necesariamente argumentos morales. Con ello, la objeción se basa al cabo en la suposición, ya refutada arriba, de que el principio de proporcionalidad tiene que ser moralmente neutral. En cambio, es correcto reconocer que el examen de proporcionalidad siempre se encomienda a una argumentación práctica general, y muestra con claridad dónde precisamente ello se hace y con qué alcances, en lo cual también radica su capacidad de brindar resultados.⁹⁷

Sobre esta base podemos asentir a la tesis de que establecer relaciones de preferencia requiere una argumentación práctica general; sin ésta no puede en efecto producirse la comparabilidad.⁹⁸ Pero lo contrario es asimismo correcto: si se integra la argumentación práctica general —y a través de la justificación externa este es el caso en el marco del examen de proporcionalidad—, entonces apenas se sostiene la objeción de inconmensurabilidad. De ahí que, en conclusión, mediante la argumentación externa puede establecerse una escala común en el marco del examen de proporcionalidad.

Debe establecerse un aspecto adicional. A decir verdad, Tsakyrakis se basa en la inconmensurabilidad débil de Waldron, pero sin hacerse cargo de sus importantes observaciones. En la definición de Waldron la dependencia de la argumentación moral es sólo un punto de vista complementario; más importante es que

⁹⁵ Cfr. Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 473 y 474.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 474: “totally extraneous to any moral reasoning”.

⁹⁷ Véase *supra*, capítulo segundo.

⁹⁸ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 474: “if the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable”.

él parte de claras relaciones de prioridad entre los principios.⁹⁹ Según la tesis débil de la inconmensurabilidad de Waldron, estas relaciones de prioridad se establecen mediante diferentes elementos, a los cuales, junto al “trumping, side constraints or lexical priority” también pertenece la ponderación. Contra la tesis fuerte de la inconmensurabilidad, Waldron *asiente* entonces a la posibilidad de establecer relaciones de preferencia; pero a diferencia de otras tesis débiles de la inconmensurabilidad,¹⁰⁰ reconoce explícitamente la posibilidad de ponderaciones: “The reasoned articulation of our moral principles and priorities inescapably involves what ordinary people might regard as weighing and balancing”.¹⁰¹

Recientemente, Afonso da Silva hizo suya una distinción proveniente de la filosofía práctica,¹⁰² con la cual puede mostrarse que ni la teoría fuerte de la inconmensurabilidad ni la débil excluyen la teoría de la ponderación contenida en el principio de proporcionalidad. Según esto, se tiene que distinguir entre la inconmensurabilidad y la incomparabilidad;¹⁰³ distinción que concierne a la *clase* de escala utilizada para la ponderación. Ésta requiere de la comparabilidad sobre una escala ordinal; en cambio, que la comparabilidad se produzca no depende de una escala de intervalo.¹⁰⁴

El punto decisivo es que la inconmensurabilidad no implica incomparabilidad. Las ponderaciones funcionan en tanto puedan ser comparables los principios en colisión. Esto es válido de

⁹⁹ Waldron, *op. cit.*, nota 35, p. 816: “simple and straightforward priority rule”.

¹⁰⁰ Normalmente, también las tesis débiles de la inconmensurabilidad tienen por imposibles todas las formas de ponderación. *Cf. ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 821 (“La articulación razonada de nuestros principios morales y prioridades inexorablemente involucra lo que a la gente ordinaria vería como sopesar y ponderar”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁰² Chang, Ruth, “Introduction”, en *idem* (ed.), *op. cit.*, nota 86, pp. 1 y ss.; Griffin, *op. cit.*, nota 86, pp. 35 y ss.

¹⁰³ Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 247 y 248.

¹⁰⁴ *Cf. Chang, op. cit.*, nota 102, p. 1.

manera completamente independiente de si los principios son inconmensurables en sentido fuerte, débil o cualquier otro; la comparabilidad de los principios se da en el examen de proporcionalidad debido al empleo de una escala común, sobre la cual se comparan las relaciones de intercambio de los principios en colisión. Ésta es precisamente la tarea que imponen el derecho constitucional y la razón práctica general, incluso en los casos difíciles, a la ciencia jurídica y a la praxis argumentativa. Sobre estas relaciones opina Alexy, cuando habla de ello, que la Constitución representa un punto de referencia común, por cuyo medio se produce indirectamente la comparabilidad de los principios.¹⁰⁵ Por ende, la inconmensurabilidad no es un impedimento, sino más bien el punto de partida para las ponderaciones; Elijah Millgram lo expresó así: “Commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation”.¹⁰⁶

III. FALTA DE NEUTRALIDAD MORAL

La objeción de la faltante neutralidad moral afirma que el principio de proporcionalidad presupone una determinada teoría moral. Según Tsakyrakis y Waldron, dicho principio presupone una forma de utilitarismo.¹⁰⁷

Si esto fuera acertado, el principio de proporcionalidad efectivamente adolecería de un defecto importante. Su fuerza para ser convincente y su racionalidad dependerían entonces de las mismas características de una determinada teoría moral. Según Tsakyrakis, la consecuencia sería: “It seems to make our theory of constitutional adjudication stand or fall on having the correct

¹⁰⁵ *Op. cit.*, nota 12, p. 442.

¹⁰⁶ “Incommensurability and Practical Reasoning”, en Chang (ed.), *op. cit.*, nota 86, p. 151.

¹⁰⁷ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 471 y 472: “some form of utilitarianism”. En términos similares, Waldron, *op. cit.*, nota 35, p. 816: “utilitarian-style weighing and balancing”.

answer to an extremely vexing and controversial question in moral philosophy".¹⁰⁸

Sin embargo, la distinción entre la justificación interna y la externa pugna por suponer la neutralidad moral del principio de proporcionalidad.¹⁰⁹ La justificación externa fundamentalmente se halla abierta a todos los argumentos morales o jurídicos; no se limita a los de una determinada teoría moral. En particular, no se sigue tal limitación de la suposición de una escala común; así, por ejemplo, la gradación en la escala triádica es neutral frente a los argumentos con los cuales se adjudica un nivel leve, medio o grave.

IV. FALTA DE NECESIDAD DE LA PONDERACIÓN

La objeción de la ausente necesidad de ponderar es un argumento auxiliar que se expone para el caso de que la de inconmensurabilidad —como se asume aquí— pueda ser anulada. Tsakyrakis afirma que si se dispusiera de una escala común no se requeriría una ponderación.¹¹⁰

Dicha objeción es medularmente verdadera, ya que describe con acierto una importante propiedad de la ponderación. Ésta consiste en fijar una relación de preferencia entre principios que colisionan, relativa a las posibilidades jurídicas y materiales presentes en un caso concreto. Para ello se dan necesariamente tres pasos:¹¹¹ en el primero se establece la medida del menoscabo de un principio; en el segundo es determinada la importancia de la

¹⁰⁸ Cfr. Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471 (“Parece hacer que nuestra teoría del juicio constitucional se mantenga o caiga con base en tener la respuesta correcta a una cuestión de filosofía moral extremadamente molesta y controvertida”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁰⁹ Véase *supra*, capítulo segundo, apartado III.

¹¹⁰ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 472.

¹¹¹ Cfr. Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, nota 65, p. 773; *idem*, “La fórmula del peso”, *op. cit.*, nota 65, p. 16.

satisfacción del principio que colisiona con el primero, y en el tercero se averigua cuál de estos principios tiene el mayor peso concreto, es decir, si la importancia del segundo principio justifica el menoscabo del primero.

La impresión expresada por Tsakyrakis de que las ponderaciones ya no se requerirían de haber una escala común, puede interpretarse como la descripción del tercer paso de la ponderación. Tan pronto como los valores hayan sido ordenados, la ponderación ya no será espectacular, puesto que en ese momento será simple leer la correcta relación de preferencia del resultado de la ponderación. Pero esto no significa que la ponderación sea superflua en su totalidad, o sea, como un procedimiento que consiste en tres pasos, por el contrario, su modelo muestra clara y transparentemente qué elementos son imprescindibles para concluir con un resultado correcto, es decir, las proposiciones racionalmente justificadas sobre la intensidad de la intervención y el grado de importancia.

El modelo de la ponderación obliga a que argumentando jurídicamente se pongan las cartas sobre la mesa, y a que se diga con claridad si el peso concreto del principio en colisión se jerarquiza como leve, medio o grave y, aún más importante, a expresar las razones para ello. Finalmente, la imagen del tercer paso obviamente será más compleja cuando se consideren en la ponderación variables adicionales, como el peso abstracto o la seguridad epistémica de las premisas empíricas y normativas.¹¹² Por último, con este análisis más complejo se refuta la afirmación de que con una escala común sería prescindible la ponderación.

V. CONCLUSIÓN

Ni la tesis fuerte de la inconmensurabilidad ni la débil están contra fijar relaciones de preferencia racionales con ayuda de la pondera-

¹¹² *Cfr.* Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 66.

ción.¹¹³ No es convincente la objeción de la falta de cuantificabilidad ni la de la falta de una escala común.¹¹⁴ Con ayuda de la distinción entre inconmensurabilidad e incomparabilidad también pueden ponderarse entre sí principios inconmensurables. Además, la ponderación de ninguna manera requiere teorías morales especiales; como estructura formal, ella más bien es moralmente neutral. Finalmente, la necesidad de ponderar se mantiene aun suponiendo que los principios son comparables.

¹¹³ Véase, también, Veel, *op. cit.*, nota 52, pp. 227 y 228.

¹¹⁴ Analizamos esto con mayor detalle en *op. cit.*, nota 38, capítulo tercero.

CAPÍTULO CUARTO
OBJECIONES ADICIONALES

I. LA PONDERACIÓN COMO CÁLCULO

La aplicación del principio de proporcionalidad es frecuentemente desacreditada señalándola como mero procedimiento mecánico. Especialmente, para la ponderación se acentúa que aspira a la ilusión de la precisión de las ciencias naturales, pero sin poderla alcanzar.¹¹⁵ Para Webber, la ponderación trata en vano de transformar la aplicación de los derechos fundamentales en “administración y medición matemática”.¹¹⁶

Afonso da Silva ya indicó que esta objeción es en efecto equivocada, porque no se puede aspirar seriamente a una precisión matemática para la argumentación jurídica en general ni para la ponderación en especial.¹¹⁷ Por tanto, la objeción se asemeja a un hombre de paja elaborado con el solo el fin de prenderle fuego.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que a primera vista se puede oponer esta objeción al modelo ponderativo de la teoría de los principios; al cabo, ésta opera con cifras y una fórmula del peso.¹¹⁸ No obstante, sería errado seguir de esto que la teoría

¹¹⁵ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 468: “illusion of some kind of mechanical weighing”.

¹¹⁶ Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 191.

¹¹⁷ Afonso da Silva *op. cit.*, nota 37, p. 254, n. 77.

¹¹⁸ Véase *supra*, nota 67.

de los principios necesariamente considere el procedimiento de ponderación como un empeño matemático o uno mecánico.¹¹⁹

De hecho, por la distinción entre la justificación interna y la externa es patente que la teoría de la ponderación no sostiene un exceso de precisión.¹²⁰ Según ella, la ponderación sólo puede ser precisa en la medida en que lo sean las justificaciones externas de sus premisas. La ponderación hereda casi todas las deficiencias o debilidades a que conduce la fundamentación externa de la gradación de la intervención o de la importancia de un principio justificante.¹²¹ Esto, sin embargo, no es defecto del modelo; por el contrario, es una de sus ventajas, ya que dichas deficiencias o debilidades argumentativas pueden reconocerse más claramente.

Las cifras de la fórmula del peso son únicamente un instrumento heurístico. Ellas *representan* estimaciones en los grados leve, medio o grave. De esta manera, explicita la estructura interna de la ponderación y confiere más racionalidad a toda la argumentación.¹²² No obstante, el modelo funciona igualmente bien sin empleo alguno de cifras. Especialmente su función medular, los tres pasos singulares¹²³ para precisar la ponderación, es independiente del uso de cifras.

La determinación del carácter mecánico o completamente matemático de la ponderación no acompaña este empleo numérico. A decir verdad, este modelo depende de la posibilidad de que se vayan encimando afirmaciones racionalmente fundadas sobre la intensidad de la intervención y de los pesos, y su rela-

¹¹⁹ Alexy, Robert, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 3, núm. 1, julio de 2009, p. 9; y Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

¹²⁰ Véase *supra*, capítulo segundo, apartado III.

¹²¹ *Cf.* Alexy, Robert, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 3, núm. 4, octubre de 2005, p. 577: "balancing is as rational as discourse".

¹²² *Ibidem*, p. 576.

¹²³ *Cf.* Alexy, "Die Gewichtsformel", *op. cit.*, nota 65, pp. 773-774 y 776; e *idem*, "La fórmula del peso", *op. cit.*, nota 65, pp. 16, 17, 20 y 21.

ción.¹²⁴ Puede discutirse sobre esta posibilidad en general y en casos particulares; pero esto sería otro tema.

Un importante argumento adicional se pronuncia contra el reproche de que la ponderación exigiría una precisión que no podría cumplir. Ésta es la circunstancia de que también en la teoría de la ponderación se reconocen márgenes epistémicos y estructurales.¹²⁵ Si los principios en colisión tuvieran el mismo peso concreto se daría entonces una situación de empate en la cual, en virtud de la Constitución, ninguno de estos principios debería tener primacía. En el margen estructural vinculado a lo anterior, quien toma la decisión tiene libertad para elegir entre salvaguardar la prevalencia de un principio o la del otro.¹²⁶ En consecuencia, la Constitución se interpreta como un orden marco; precisamente por esto, la afirmación de la precisión irrealista no podría hacerse valer.¹²⁷

II. INTERPRETACIÓN AMPLIA

Finalmente, se critica que la ponderación conduzca a que los derechos fundamentales sean definidos muy ampliamente. Además, se reconoce que está permitido restringir los derechos fundamentales en razón de los de otro sujeto. Estos últimos representan, en este sentido, un fin legítimo para restringir derechos fundamentales. Se

¹²⁴ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 121, p. 574.

¹²⁵ Para la relación de la proporcionalidad y los márgenes véanse Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 66; Alexy, *A Theory... cit.*, nota 40, pp. 394-425; Rivers, Julian, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", en Pavlakos (ed.), *op. cit.*, nota 6, pp. 169 y ss.; *idem*, "Proportionality and Discretion in International and European Law", en Tsagourias, Nicholas (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, R. U.-Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 107.

¹²⁶ Alexy, *A Theory... op. cit.*, nota 40, p. 410.

¹²⁷ Sobre los tres ámbitos de la necesidad, la imposibilidad y la posibilidad véase *ibidem*, pp. 393 y 394.

argumenta que la ponderación implica amplias definiciones de las cláusulas de restricción,¹²⁸ y con ello, asimismo, amplias definiciones de los ámbitos de protección de los derechos fundamentales. Mediante lo anterior se incluirían numerosos intereses en los ámbitos de protección iusfundamental, que por consiguiente serían considerados en la ponderación.¹²⁹ De esta manera, iría demasiado lejos la elección de los puntos de vista que han de atenderse en la ponderación en el plano del fin legítimo.¹³⁰

Se hace valer entonces que los derechos fundamentales, como restricciones a los derechos fundamentales ajenos, son interpretados muy ampliamente.¹³¹ Se trata por lo tanto de la cuestión básica de si los derechos fundamentales debieran definirse estrecha o ampliamente.¹³² En total seis argumentos hablan a favor de interpretar los derechos fundamentales más bien de modo amplio y de prescindir de definiciones estrechas.¹³³

En primer lugar, las definiciones estrechas sólo de manera aparente se hallan libres de ponderación.¹³⁴ Las definiciones estrechas de los derechos fundamentales siempre son el resultado de una ponderación, ya que se basan en razones a favor y en con-

¹²⁸ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 480. En términos similares en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Von Bogdandy, Armin, “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *Common Market Law Review*, Alphen del Rin, Kluwer-Universidad de Leiden, vol. 37, núm. 6, 2000, p. 1332.

¹²⁹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 482 y 488.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 488.

¹³¹ Lo mismo se ha criticado en relación con los intereses públicos. Véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

¹³² Es determinante la cuestión de si son dignas de prioridad la teoría estrecha o la amplia de los ámbitos de protección. Acerca del concepto de “teoría del ámbito de protección” y para distinguir los diferentes tipos de teorías estrechas del ámbito de protección *cf.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 33, 35 y ss. Véase también, Klement, *op. cit.*, nota 1.

¹³³ En lo siguiente, con demostraciones adicionales, también *cf.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 113 y ss.

¹³⁴ Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 290; *idem*, *Teoria...*, *cit.*, nota 40, p. 281.

tra de una protección iusfundamental.¹³⁵ Greer aportó un ejemplo esclarecedor para esto en su discusión de la sentencia del caso *Wingrove v. UK*;¹³⁶ la cuestión en este caso fue que la vulneración de los sentimientos religiosos por una película crítica con la religión colisionaba con los artículos 9o. y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “The right to freedom of expression can plausibly be defined as excluding the right to cause gratuitous insult to religious [...] sentiments, while the right to freedom of thought, conscience and religion can plausibly be defined as limited to protection only from gratuitously insulting criticism”.¹³⁷

De acuerdo con la aseveración de Greer, estas definiciones (estrechas) no se basan en la ponderación;¹³⁸ hay que refutar esta postura. Estando el derecho a la libre expresión (*Meinungsfreiheit*)* definido de manera que toda opinión se halle protegida, excepto aquellas que vulneren los sentimientos religiosos, tal definición se apoyaría sobre una ponderación de la libertad de expresión contra el derecho de las personas afectadas por la manifestación de una opinión.¹³⁹ Una definición amplia incluiría en el ámbito de pro-

¹³⁵ Cfr. Alexy, *A Theory...*, cit., nota 40, p. 208; *idem*, *Theorie...*, cit., nota 40, p. 289; *idem*, *Teoría...*, cit., nota 40, pp. 279 y 280.

¹³⁶ TEDH, *Wingrove v. The United Kingdom*, núm. 17419/90, fondo, 25 de noviembre de 1996.

¹³⁷ Greer, *op. cit.*, nota 9, p. 424 (“el derecho a la libertad de expresión puede plausiblemente definirse como excluyente del derecho a causar insulto gratuito a los sentimientos... religiosos, mientras que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión puede plausiblemente definirse como limitado sólo a proteger frente a la crítica gratuitamente insultante”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹³⁸ *Idem*.

* En alemán, la libertad de expresión es designada con las locuciones “libertad de opinión” (*Meinungsfreiheit*) o de “manifestación de la opinión” (*Meinungsäußerungsfreiheit*), así como en inglés es mucho más frecuente decir “libre discurso” (*free speech*) que “libre expresión” (*free expression*). Pese a estas variaciones, no hay problema en convenir que a grandes rasgos todas denotan el derecho fundamental que esencialmente tutela que una persona comunique su pensamiento a otras (N. del T.).

¹³⁹ Se trata de una teoría estrecha del ámbito de protección sobre la base de criterios no escritos, que se basa en la ponderación con valores constitucionales

tección iusfundamental, por lo menos *prima facie*, tales opiniones que vulneran los sentimientos religiosos de otro sujeto; por ello, quedaría expuesto el carácter ineludible de una ponderación, y esta se implementaría de forma abierta y comprensible en otro momento.¹⁴⁰

En segundo lugar, las definiciones estrechas son opacas. Las ponderaciones tienen lugar en lo oculto;¹⁴¹ por ende, no son comprensibles ni criticables. Esto conduce a un déficit de transparencia y racionalidad de la argumentación jurídica.¹⁴² En cambio, las definiciones amplias se obtienen mediante la interpretación del texto del respectivo derecho fundamental, sin que de hecho en este punto se consideren intereses contradictorios; éstos se ajustarán separadamente en el marco de la ponderación. Por lo anterior, la argumentación se vuelve transparente, racional y comprensible.

En tercer lugar, las definiciones estrechas son problemáticas en cuanto a su estructura. La calidad diferenciable de los grados de examen del ámbito de protección y la justificación se restringen de manera dudosa,¹⁴³ ya que las ponderaciones son ubicadas dentro del ámbito de protección.¹⁴⁴ En este sentido,

contrarios. Para este planteamiento y similares pareceres divulgados en Alemania, *cf.* Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 94 y ss. Janneke Gerards y Hanneke Senden insisten en que sería posible excluir, sin ponderar, el *hate speech* del ámbito de protección de la libertad de expresión en “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 4, octubre de 2009, p. 628.

¹⁴⁰ Rivers, *op. cit.*, nota 9, p. 190.

¹⁴¹ Kahl, Wolfgang, “Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 131, núm. 4, octubre de 2006, p. 606, n. 157.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Gerards y Senden, *op. cit.*, nota 139, p. 627.

¹⁴⁴ Meister, *op. cit.*, nota 43, pp. 115 y 116; Höfling, Wolfram, “Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts”, en Muckel, Stefan (ed.), *Kirche und Religion im sozialen Staat*.

se confunden el contenido de los derechos y sus restricciones; el examen iusfundamental obviamente pierde así capacidad para diferenciar;¹⁴⁵ en cierto modo, ambas facetas han de separarse en el aspecto lógico, ya que conciernen a diferentes maneras de proceder. El contenido de los derechos se obtiene mediante la interpretación del texto del respectivo derecho fundamental, y los intereses opuestos no encuentran ninguna consideración en este punto;¹⁴⁶ éstos se tomarán en cuenta hasta el marco de la justificación, en el contexto de la ponderación que se da dentro del examen de proporcionalidad. Las definiciones estrechas mezclan esta separación estricta, resultante de puntos de vista lógicos y razones de claridad metódica; la argumentación se torna desestructurada y opaca.¹⁴⁷ En cambio, las definiciones amplias tienen ventajas metodológicas: el ámbito de protección de un derecho fundamental se obtiene exclusivamente mediante interpretación, y los intereses opuestos son tratados aparte en el marco de la ponderación.

Festschrift für Wolfgang Riefner zum 70. Geburtstag, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 336 y 337; Huber, Peter M., “Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?”; *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 58, 2003, p. 293; Kahl, Wolfgang, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 43, núm. 2, febrero de 2004, p. 192; Weiß, Wolfgang, reseña de Benjamin Rusteberg: “Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 134, núm. 4, octubre de 2009, p. 621.

¹⁴⁵ Möllers, Christoph, “Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C. H. Beck, núm. 28, 2005, p. 1977; Kahl, *op. cit.*, nota 141, p. 611.

¹⁴⁶ Meister, *op. cit.*, nota 43, p. 116.

¹⁴⁷ Höfling, Wolfram, *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, pp. 172, 174 y 175. En sentido parecido: Von Arnauld, *op. cit.*, nota 40, p. 87.

En cuarto lugar, las definiciones estrechas conducen a la inseguridad jurídica. Como se basan en ponderaciones, el ámbito de protección de los derechos fundamentales se determina en cada caso particular con dependencia en la ponderación. Según con qué amplitud se incluyen los intereses opuestos en la ponderación en el plano del ámbito de protección, caso por caso varía el alcance protector del derecho fundamental; éste depende particularmente del correspondiente operador jurídico; en esta medida, dicho alcance ya no es previsible.¹⁴⁸ Por el contrario, las definiciones amplias definen el contenido del derecho sin considerar intereses opuestos; el alcance protector *prima facie* del derecho será amplio, independientemente del caso particular, y por ende previsible y determinado con seguridad jurídica; se averiguará abierta y comprensiblemente si existe protección definitiva hasta un segundo paso, de la mano de ponderaciones.

En quinto lugar, las definiciones estrechas reducen la carga de la argumentación estatal de manera preocupante para un Estado de derecho.¹⁴⁹ Con las definiciones estrechas puede negarse el ámbito de protección iusfundamental sencillamente anotando que determinada conducta no se comprende en él; se verían así las más o menos parciales posibilidades de restricción (*Beschränkungsmöglichkeit*) como delimitaciones (*Beschränkung*) del ámbito de protección.¹⁵⁰ Este proceder es subjetivo, arbitrario y manipulativo;¹⁵¹ puede negarse el ámbito de protección iusfundamental sin tener que exponer justificaciones sustantivas para ello; existe un déficit de justificación.

¹⁴⁸ Höfling, *op. cit.*, nota 144.

¹⁴⁹ Kahl, *op. cit.*, nota 144, pp. 189 y ss.; *idem*, *op. cit.*, nota 141, pp. 610 y 611. Para lo anterior, véase la representación gráfica de las decrecientes cargas de la argumentación en la aplicación de teorías estrechas del ámbito de protección en Meister, *op. cit.*, nota 43, p. 121.

¹⁵⁰ Para tal planteamiento de la *limitation as specification* véase Webber, *op. cit.*, nota 27, pp. 123 y ss. Véase la crítica a esta posición en la recensión de la última obra por Julian Rivers en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 1, 2011, p. 215.

¹⁵¹ Kahl, *op. cit.*, nota 144, pp. 191 y 192.

En sexto lugar, lo anterior promueve la arbitrariedad judicial. La comprobabilidad de la decisión se reduce en razón de la deficiente justificación. Las definiciones amplias, en cambio, se preocupan de que exista una vasta protección *prima facie*;¹⁵² de esta manera, al máximo posible se evitan lagunas en el sistema protector de los derechos fundamentales;¹⁵³ todas las intervenciones tienen que resistir un control en el plano de la justificación.¹⁵⁴ El Estado se halla sujeto a una amplia obligación de justificar toda acción que disminuya la libertad, y de que siempre se apliquen las precauciones del Estado de derecho, como las del principio de proporcionalidad. Esto impide la arbitrariedad judicial; por ende, son preferibles las definiciones amplias de los derechos fundamentales.

¹⁵² Kumm, “Political Liberalism...”, *cit.*, nota 6, p. 141: “subject practically all acts of public authorities that affect the interests of individuals to proportionality review”.

¹⁵³ Cohen-Eliya y Porat, *op. cit.*, nota 5, pp. 477 y ss.

¹⁵⁴ Para el aspecto de que el principio de proporcionalidad funda un deber estatal de justificar las intervenciones en los derechos fundamentales, *cfi: ibidem*, p. 463, y Kumm, “The Idea of Socratic Contestation...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 168 y ss.

CAPÍTULO QUINTO

ANÁLISIS DE CASO

I. NOTAS INICIALES

En la discusión internacional en torno a las supuestas debilidades del principio de proporcionalidad, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Instituto Otto Preminger*¹⁵⁵ es un ejemplo abordado con frecuencia. Contra ello, el siguiente análisis de este asunto habrá de ilustrar los argumentos desarrollados arriba ante un caso concreto, y así poner en claro las fortalezas del principio de proporcionalidad.¹⁵⁶

En el caso mencionado, una organización sin fines de lucro llamada “Instituto Otto Preminger” tenía una sala de cine artístico en la ciudad de Innsbruck, y anunció seis proyecciones de la película “Concilio de amor” (*Liebeskonzil*).^{*} Ésta contenía escenas críticas sobre Dios, Jesús y la Virgen María, quien se unía con el Diablo y castigaba con sífilis a la humanidad. Apoyadas en regulaciones nacionales, las autoridades austriacas incautaron el filme; entonces, la organización hizo valer una violación al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reza:

¹⁵⁵ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, núm. 13470/87, fondo, 20 de septiembre de 1994.

¹⁵⁶ Para una discusión de esta sentencia véase, también, Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 7.

* Werner Schroeter, República Federal de Alemania, 1982; título en inglés: *The Council of Love*. Para mayor información sobre este filme véase la Internet Movie Database en <http://imdb.to/1usH7F3> (N. del T.).

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a... restricciones... previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para... la protección de... los derechos ajenos...*

La incautación de la película incuestionablemente representó una intervención en la libertad de expresión del instituto actor, consagrado en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este aspecto, se suscita en primer lugar la cuestión de si la incautación pudo estar justificada según el artículo 10.2 de dicho instrumento. Que tal medida estuviera legalmente prevista condujo de manera determinante a plantear si persiguió un fin legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la incautación estaba justificada conforme al referido artículo 10.2 del Convenio de Roma. Para ello se indagó primeramente si la incautación persiguió un fin legítimo en el sentido de este precepto. La mayoría de seis jueces decidió que la medida persiguió el fin legítimo de proteger los derechos de otros, puesto que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos** tutela los sentimien-

* En alemán y abreviado en el original. Este texto y otros provenientes del mencionado Convenio Europeo, incluidos aquí, corresponden a su versión en español difundida por el mismo Tribunal de Estrasburgo en <http://bit.ly/1e7XFxw>. Considérese que, como advierte dicha traducción española, sólo son auténticas las versiones inglesa y francesa de este instrumento (N. del T.).

** “1. Toda persona tiene derecho a la libertad... de religión; este derecho implica la libertad... de manifestar su religión... individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión... no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas

tos religiosos de la población.¹⁵⁷ A decir verdad, la referida disposición no protege a los creyentes ante toda crítica;¹⁵⁸ no obstante, en casos extremos, el Estado lleva a costas la responsabilidad de proteger los sentimientos religiosos.¹⁵⁹ En este caso, la provocativa representación de objetos de culto pudo agravar los sentimientos religiosos de la población.¹⁶⁰

Una minoría de tres jueces argumentó en contra que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no abarca completamente la tutela de los sentimientos religiosos.¹⁶¹ Indicó que más bien, por el contrario, dicho precepto contiene un derecho a expresar opiniones críticas en relación con las creencias ajenas.¹⁶² Y señaló que la intervención podría igualmente justificarse para proteger el carácter democrático de la sociedad ante ataques a la reputación de agrupaciones religiosas.¹⁶³

Inmediatamente después, el Tribunal tuvo que examinar, conforme al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si la incautación era necesaria en una sociedad democrática. La mayoría de sus integrantes juzgó que la medida había sido necesaria para mantener el orden público, ya que el filme representaba un ataque a la religión.¹⁶⁴ Las precauciones del cine en verdad alcanzaron a evitar molestias injustas a los sentimientos religiosos de la población. De acuerdo con ellas: cinco de las seis funciones tuvieron lugar hasta las diez de la noche; un folleto informativo dio cuenta del contenido de la película; se prohibió la entrada a menores de diecisiete años; el público al que se di-

necesarias, en una sociedad democrática, para... la protección de los derechos o las libertades de los demás” (N. del T.).

¹⁵⁷ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 48.

¹⁵⁸ *Ibidem*, § 47.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 6.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 52.

rigió tenía interés en el arte, y fue requerida una cuota de acceso. Estas precauciones fueron a su parecer insuficientes puesto que el filme había sido anunciado con gran alcance, y con ello fue conocido públicamente;¹⁶⁵ además, una ponderación de los intereses en conflicto daba por resultado que la incautación fue proporcional en sentido estricto;¹⁶⁶ y que las autoridades nacionales no habían traspasado su margen de apreciación.¹⁶⁷

Una minoría de tres jueces argumentó en contra que el cine adoptó medidas suficientes para dar a las personas religiosamente sensibles la posibilidad de mantenerse lejos de la película.¹⁶⁸ Expresó que el cine limitó las molestias potenciales del filme, tanto como ello podía razonablemente esperarse.¹⁶⁹ Por consiguiente, opinó que la incautación era desproporcionada.¹⁷⁰

No es convincente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tampoco la opinión de los tres jueces disidentes. El tribunal aplicó equivocadamente el principio de proporcionalidad en múltiples aspectos. Por eso, en lo sucesivo analizaremos de nuevo el caso, considerando las premisas establecidas arriba; con ello se mostrará que la correcta aplicación del principio de proporcionalidad puede mejorar decisivamente la racionalidad y la comprensibilidad de las sentencias judiciales, y cómo lo hace.

III. FIN LEGÍTIMO

Una medida que interviene en el derecho a la libre expresión puede estar justificada conforme al artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros, si sirve a la protección de

¹⁶⁵ *Ibidem*, § 54.

¹⁶⁶ *Ibidem*, § 55.

¹⁶⁷ *Ibidem*, § 56.

¹⁶⁸ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 9.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, § 11.

un derecho ajeno. El Estado no puede elegir libremente los fines legítimos para justificar una intervención en el artículo 10 de dicho tratado. Esta técnica de regulación es coherente con el modelo iusfundamental que defendemos en este trabajo, en el cual sólo propósitos con estatus *constitucional* pueden restringir los derechos fundamentales.¹⁷¹

Según la opinión de la mayoría de los jueces, el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende la tutela de los sentimientos religiosos de la población, y la incautación justamente sirvió para protegerlos.¹⁷² Una minoría de jueces argumentó en contra que los sentimientos religiosos no estarían protegidos por la mencionada disposición.¹⁷³

Entonces, resulta decisiva para la cuestión de si la incautación sirvió a un fin legítimo la relativa a si el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende la protección de los sentimientos religiosos de la población. Para esto tiene que determinarse la extensión de dicho precepto. No incluyéndose dichos sentimientos en el ámbito de protección del artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habría una definición tendencialmente estrecha. Las desventajas de tales definiciones ya fueron establecidas,¹⁷⁴ y pueden precisarse de nuevo para el presente caso.

La exclusión de los sentimientos religiosos por la minoría de jueces sufre de una pobreza de fundamentos; los jueces sencillamente decidieron que el artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no comprende un derecho a la protección de los sentimientos religiosos.¹⁷⁵ Falta por completo justificación para lo anterior; se negó de esta manera la protección iusfundamental sin argumentación sustantiva; las consideraciones para

¹⁷¹ Véase *supra*, capítulo primero, apartado II.

¹⁷² *Supra*, nota 157.

¹⁷³ *Supra*, nota 161.

¹⁷⁴ *Supra*, capítulo cuarto, apartado II.

¹⁷⁵ *Supra*, nota 161: "such a right cannot be derived from the right to freedom of religion".

la desprotección (*Nichtschutz*) no fueron expuestas, y por lo tanto no son comprensibles. Así, se eludió la carga de la argumentación para negar la protección, lo que favorece la arbitrariedad judicial.

Además, no son convincentes todas las razones que pueden aducirse para la desprotección de los sentimientos religiosos. Tsakyrakis más o menos argumentó en su análisis de la sentencia que los sentimientos religiosos simplemente no ameritan protección iusfundamental:

Religious feelings are not “worthy of being included in the ambit of a right”.¹⁷⁶

The definition must rely “on broader conceptions of... how an alleged right must fit with other rights recognized in the convention”.¹⁷⁷

An “analysis of the content of the right that is more closely attuned to its moral point would yield priorities between rights and interests”.¹⁷⁸

Estas declaraciones no tienen cabida en el plano de la apertura del ámbito de protección. Abordan consideraciones que habrían estado colocadas en el marco de una ponderación; sólo en éste puede justificarse qué tan importantes tendrían que ser y cómo deberían jerarquizarse los sentimientos religiosos en comparación con otros derechos; en ese marco, los derechos de que se habla estarían clara y comprensiblemente contrapuestos. Las consideraciones son por consiguiente desplazadas en el aspecto estructural:

¹⁷⁶ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 480 (“Los sentimientos religiosos no son «dignos de ser incluidos en el ámbito de un derecho»”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁷⁷ *Idem* (“La definición debe basarse en concepciones más amplias de... cómo un derecho invocado tiene que ajustarse con otros derechos reconocidos en la convención”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁷⁸ Tsakyrakis, réplica, *cit.*, nota 21, p. 308 (“Un «análisis del contenido del derecho que estuviera en consonancia más próxima con su punto moral, abandonaría las prioridades entre derechos e intereses»”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

en el plano del ámbito de protección, que se determina mediante interpretación textual, se hacen consideraciones ponderativas. En este sentido, la argumentación tampoco es comprensible, ya que en gran medida se realiza de manera oculta.

Una interpretación amplia del derecho que se desprende del artículo 9o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos habría, por el contrario, resultado en que los sentimientos religiosos estarían protegidos por lo menos *prima facie*. Las razones para su desprotección iusfundamental definitiva habrían entonces tenido que exponerse abierta y comprensiblemente en el marco de la ponderación. Ante las ventajas¹⁷⁹ asociadas a las definiciones amplias, los sentimientos religiosos por consiguiente están al menos *prima facie* protegidos en virtud de la referida disposición. Con ello, sí persiguió la incautación del filme, contra la opinión de la minoría de jueces, un fin legítimo también en el sentido del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir, proteger los derechos de sujetos diferentes al instituto actor.

IV. IDONEIDAD

El tribunal no se ocupó expresamente de la cuestión de si la incautación de la película fue idónea para proteger los sentimientos religiosos. No obstante, es evidente que tal fue el caso. A la vista de su contenido, la proyección del filme habría podido agravar los sentimientos religiosos, y la incautación impidió las proyecciones que estaban planeadas. Entonces, dicha medida fue idónea para proteger los sentimientos religiosos de la población.

V. NECESIDAD

La cuestión de la necesidad de la incautación fue muy disputada en el seno del tribunal. Sobre ella se debatió si las precauciones

¹⁷⁹ Véase *supra*, nota 174.

que el cine tomó con el fin de evitar molestias podían verse como medios más benignos para lograr el fin legítimo. En opinión de la mayoría de los jueces no fue este el caso, ya que la película se anunció muy ampliamente, y en consecuencia fue suficientemente conocida.¹⁸⁰ Una minoría de jueces argumentó en contra que, a la vista de las precauciones de que se trató, el cine limitó las molestias para otros tanto como razonablemente pudo esperarse.¹⁸¹

En este punto el tribunal examinó la cuestión de la necesidad sólo incompletamente, ya que una medida adoptada es innecesaria únicamente cuando hay una más benigna y a la vez igualmente idónea para lograr el fin legítimo.¹⁸² Indudablemente, las precauciones que en el caso tomó el cine fueron otras medidas más benignas que la incautación del filme; empero, no fueron igualmente idóneas para proteger los sentimientos religiosos de la población. La incautación impidió desde el principio que la película se proyectara; con ello, prácticamente no existió peligro de que las personas fueran vulneradas en sus sentimientos religiosos, el cual habría sido mayor si el filme hubiera sido proyectado considerando las precauciones tomadas por el cine. Éstas fueron para ello más benignas que la incautación; sin embargo, no fueron igualmente idóneas para proteger los sentimientos religiosos de la población. Por tanto, la incautación de la película fue necesaria.

¹⁸⁰ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 54.

¹⁸¹ Véase *supra*, nota 168.

¹⁸² Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 102; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 94; Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 299; Kumm, “The Idea of Socratic Contestation...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 148-149 (En el original alemán de su citada obra, Alexy refiere un pasaje del tribunal de Karlsruhe que, siguiendo la versión española indicada, en realidad significa: “el fin no puede alcanzarse igual de bien (*ebenso-gut*), de otra manera que afecte menos al individuo” [BVerfGE 38, 281 <302>] [N. del T.]).

VI. PONDERACIÓN

1. *Ponderación incorrecta*

En consecuencia, es decisivo que la incautación fuera proporcional en sentido estricto. De la mano de una ponderación, aquí debe proponerse un justo equilibrio entre los derechos contendientes. La mayoría y la minoría de los jueces aparentaron (*vorgeben*) ponderar: la primera opinó que era indispensable un *weighing up* de los intereses en conflicto;¹⁸³ la segunda argumentó que la incautación era —*on balance*— desproporcionada.¹⁸⁴ Pero de hecho en ambos casos no se ponderó, o se hizo defectuosamente.

La mayoría de los jueces tuvo la incautación por proporcionada, porque las autoridades austriacas no habían transgredido su correspondiente margen de apreciación;¹⁸⁵ sin embargo, no se efectuó una ponderación. El margen de apreciación que queda a los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos se usa más bien como argumento para eludir una ponderación sustantiva; pero es imposible abstenerse por completo de ponderar invocando los márgenes; con corrección, un margen sólo puede ser uno epistémico en el marco de la ponderación o uno estructural resultante de la misma.¹⁸⁶ Por ende, hay que dar la razón a la crítica de la decisión en el sentido de que el resultado del caso se apoya sobre el correspondiente margen, pero no sobre una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.¹⁸⁷ Aparte de esto, el proceder del Tribunal Europeo de Derechos

¹⁸³ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 55.

¹⁸⁴ Véase *supra*, nota 170.

¹⁸⁵ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 56.

¹⁸⁶ Sobre ambas clases de ponderación véase Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, p. 5. También *cf.* Klatt, Matthias, “Schutzpflichten in der Europäischen Konvention für Menschenrechte”, en *idem* (ed.), *op. cit.*, nota 37, pp. 34-61.

¹⁸⁷ Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 303.

Humanos se halla en ostensible contradicción con sus propias aseveraciones de que las medidas estatales requerían en el caso un control estricto.¹⁸⁸

También la minoría de los jueces ponderó defectuosamente. Confundió los niveles de los exámenes de necesidad y de ponderación. Argumentó que las medidas eran innecesarias de haber medios más benignos disponibles, y que la incautación no era proporcional *stricto sensu* porque hubo tales medios.¹⁸⁹

Así, ni la mayoría ni la minoría de los jueces ponderaron correctamente; ambas omitieron una argumentación sustancial en el marco de la ponderación.¹⁹⁰ Sin embargo, esta práctica de decisión y justificación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como parcialmente se ha afirmado, no pone en entredicho la eficiencia de la ponderación en sí,¹⁹¹ ya que una defectuosa aplicación del principio de proporcionalidad no puede imputarse al método mismo.¹⁹²

2. *Ponderación correcta (dimensión negativa/deber de respeto)*

A la vista del considerable déficit de justificación de esta decisión del Tribunal de Estrasburgo, es válido examinar qué resultado se habría obtenido con una correcta ponderación. Es determinante que la importancia de la persecución del fin legítimo pueda o no justificar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental del actor.¹⁹³ Aquí debe tenerse cuidado de no considerar el peso abstracto de los derechos que colisionaron en el caso, pues tienen uno igualmente importante en el sentido

¹⁸⁸ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 50.

¹⁸⁹ Véase *supra*, nota 170.

¹⁹⁰ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 482.

¹⁹¹ En este sentido, *idem*.

¹⁹² Khosla, *op. cit.*, nota 21, p. 302.

¹⁹³ Como indica la primera ley de la ponderación. *Cfr.* Alexy, *Theorie...*, *cit.*, nota 40, p. 146; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 138.

referido, o sea, desvinculado de circunstancias concretas; esto se desprende de diversas afirmaciones del Tribunal:

...freedom of expression constitutes one of the... essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of everyone.¹⁹⁴

...freedom of... religion... is one of the foundations of a “democratic society”... one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life.¹⁹⁵

Comenzaremos entonces nuestro análisis indagando qué tan intensa fue en el caso concreto la intervención en el derecho fundamental a la libre expresión, lo cual requiere una justificación externa que inevitablemente contiene fundamentos morales.¹⁹⁶ Habiendo sido incautada la película, entonces ya no se le pudo proyectar; además, la incautación no estuvo local ni temporalmente limitada; en este sentido, la incautación representó una intervención grave. Lo que es más interesante, el tribunal no se ocupó expresamente de la clasificación de la intensidad de la intervención; nada más constató que hubo una.¹⁹⁷ Mediante lo anterior, se hace claro que las ponderaciones correctas mejoran la racionalidad de la decisión, al impeler al operador jurídico a reparar abierta y comprensiblemente en todas las consideraciones relevantes.

En el siguiente paso ha de examinarse qué tan importante fue la persecución del fin legítimo. En esto queremos enfatizar

¹⁹⁴ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 49 (“la libertad de expresión constituye uno de los... fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada uno”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁹⁵ *Ibidem*, § 47 (“la libertad de... religión... es uno de los fundamentos de una «sociedad democrática» [...] uno de los elementos más vitales que se dirigen a erigir la identidad de los creyentes y su concepción de la vida”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.])

¹⁹⁶ Véase *supra*, capítulo segundo, § IV.

¹⁹⁷ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 43.

una vez más que el peso abstracto de los sentimientos religiosos puede quedar fuera de consideración, porque a la libertad de expresión corresponde abstractamente un mismo peso. Por eso resulta decisivo qué tan importante fue la protección de los sentimientos religiosos de la población; esto requiere nuevamente una justificación externa que contenga fundamentos morales.¹⁹⁸ De las explicaciones del Tribunal se desprende que la tutela de los sentimientos religiosos fue considerada importante; la mayoría de los jueces argumentó que la película fue promocionada muy ampliamente, por lo cual su contenido fue públicamente conocido en cierta medida, y en ella las planeadas proyecciones del filme habrían podido vulnerar los sentimientos religiosos de la población.¹⁹⁹

Esta argumentación no es convincente. Más bien, con la minoría de los jueces, ha de remitirse a una serie de circunstancias contrarias a adjudicar en el presente caso una importancia alta a la persecución del fin legítimo.²⁰⁰ En total siete argumentos (externos) hablan a favor de que la protección de los sentimientos religiosos de la población no era en esta ocasión especialmente importante.

En primer lugar, una película que se muestra en un cine artístico se dirige más bien sólo a un pequeño grupo de personas interesadas en filmes experimentales, y no contrariamente al público amplio; en tal medida, desde el principio sólo un grupo relativamente reducido de personas pudo ser agraviado en sus sentimientos religiosos. En segundo lugar, el folleto informativo comprendió bastantes indicaciones sobre el contenido religiosamente crítico de la película; los espectadores potenciales estuvieron por lo tanto advertidos. En tercer lugar, por solamente anunciar dicho contenido, el mencionado folleto no pudo lesionar los sentimientos religiosos de sus destinatarios. En cuarto lugar, se impidió una atención indeseada fijándose en hora avanzada cinco de

¹⁹⁸ Véase *supra*, nota 196.

¹⁹⁹ Véase *supra*, nota 180.

²⁰⁰ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 9-11.

las seis proyecciones, a las diez de la noche. En quinto lugar, el cine requirió una tarifa de entrada; lo anterior garantizó que los espectadores se arriesgaran libre y conscientemente a que se vulneraran sus sentimientos religiosos. En sexto lugar, se excluyó de las funciones a personas menores de diecisiete años. En séptimo lugar, la película no impedía a los creyentes vivir o actuar según su fe; ellos no fueron obligados a ver el filme ni se les confrontó forzosamente con él. La película se anunció principalmente a los miembros del instituto responsable, un pequeño grupo de personas abiertas e interesadas en el arte. Como resultado, en el caso concreto no fue entonces especialmente importante proteger los sentimientos religiosos de la población; las circunstancias en todo caso estaban por que se les otorgara una importancia media, si es que no incluso una leve.

En consecuencia, la incautación de la película no fue proporcionada en sentido estricto. Por un lado, hubo una intervención grave en el derecho a la libre expresión; por el otro, no fue particularmente importante proteger los sentimientos religiosos de la población a la vista de las precauciones del cine. La importancia de perseguir el fin legítimo no pudo entonces justificar la intensidad de la intervención efectuada. Como expuso la minoría de los jueces, la incautación del filme en este caso sólo habría estado justificada si “the behavior concerned reaches so high a level of abuse, and comes so close to a denial of the freedom of religion of others, as to forfeit for itself the right to be tolerated by society”.²⁰¹

En otras palabras: sólo de haber sido muy alta, la importancia de la persecución del fin legítimo habría justificado la grave

²⁰¹ *Ibidem*, § 7 (“[La necesidad de una acción represiva que importe una prohibición completa del ejercicio de la libertad de expresión, no puede aceptarse más que si] la conducta incriminada (*incriminée*) alcanza un nivel tan alto de abuso [o insulto], y se aproxima tanto a una denegación (*dénégation*) de la libertad de religión de otro, que pierde por sí misma el derecho a ser tolerada por la sociedad”; en inglés en el original; traducción mía, realizada también a partir de la igualmente auténtica versión francesa de la resolución y de su citado voto minoritario [N. del T.]”).

intervención en el derecho de la institución actora. Ya que la importancia de perseguir el fin legítimo en realidad únicamente se colocó en un nivel inferior de la escala triádica, la incautación de la película violó el derecho a la libre expresión que prevé el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3. Ponderación correcta (*dimensión positiva/deber de protección*)

Hasta ahora analizamos el caso desde la perspectiva del derecho negativo a que no se restrinja la libertad de expresión, conforme al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso, el fin legítimo de la incautación realmente consistió en la realización de un derecho positivo, o sea, en la realización del derecho a la protección de los sentimientos religiosos según el artículo 9o. del referido instrumento: “The manner in which religious beliefs and doctrines are opposed... may engage the responsibility of the State... a State may legitimately consider it necessary to take measures aimed at repressing certain form of conduct”.²⁰²

Por consiguiente, también se brinda un análisis del caso desde la perspectiva del derecho a una acción positiva (*positives Recht*); para esto tenemos que efectuar un cambio de perspectiva. Hasta el momento se ha indagado desde la óptica del derecho a una abstención (*negatives Recht*) si la importancia de perseguir el fin legítimo puede justificar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión.

En cambio, desde dicha perspectiva de acción positiva tienen que considerarse otros puntos de vista. Por ejemplo: no sería proporcionada en sentido estricto una medida positiva de protección

²⁰² *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, § 47. (“[I]a manera en que las creencias y doctrinas religiosas son objeto de oposición... puede comprometer la responsabilidad del Estado... un Estado legítimamente puede considerar necesario tomar medidas con miras a reprimir cierta forma de conducta”; en inglés en el original; traducción mía realizada de la manera indicada en la nota anterior [N. del T.]).

que interviniera con mucha gravedad en el derecho del actor, pero que sólo en escasa medida protegiera los sentimientos religiosos de la población. Esta reflexión muestra que en el análisis del caso desde la perspectiva del derecho a una acción positiva, y a diferencia del efectuado desde la del derecho a una abstención, pueden relacionarse no solamente dos sino tres puntos de vista: la intensidad de la intervención en el derecho del actor, el grado de protección de los sentimientos religiosos de la población, al igual que la intensidad de la intervención en éstos mediante la adopción de otra medida menos protectora.²⁰³

No se había discutido hasta ahora el punto de vista mencionado en último lugar; y asimismo, al momento es apenas conocido en la doctrina; se le podría denominar “intensidad de la intervención por desprotección”.* Este valor expresa qué consecuencias tiene la renuncia a una determinada medida de protección, realizada a favor de otra, menos protectora de la satisfacción del derecho a una acción positiva. El instrumento metódico decisivo en el examen de proporcionalidad de una medida de protección consiste entonces en preguntar qué grado de desprotección representaría la renuncia a ella, efectuada a favor de otra menos protectora.

Para precisar lo anterior, deben distinguirse en el caso tres medidas de protección imaginables: en primer lugar, pudo ha-

²⁰³ Sobre el análisis del principio de proporcionalidad con los derechos de protección, comprensivamente véase Klatt, *op. cit.*, nota 186, pp. 691-718.

* A partir del caso *Aborto II* que resolvió el Tribunal Constitucional Federal el 28 de mayo de 1993, la dogmática alemana ha usado con mayor frecuencia un concepto prácticamente ausente en la literatura previa: la “prohibición de deficiencia (*Untermäßverbot*)”, correspondiente al mandato de adoptar medidas mínimamente suficientes para hacer efectivo un derecho fundamental y funcional el deber de protección (*Schutzpflicht*) a su respecto, en particular cuando entra en conflicto con otros intereses. Véanse BVerfGE 88, 203 (253-255); Michael, Lothar y Morlok, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 303-305, y Calliess, Christian, “Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect”, en Pünder y Waldhoff (eds.), *op. cit.*, nota 43, pp. 33 y 34 (N. del T.).

berse incautado la película como en efecto hicieron las autoridades austriacas; en segundo lugar, pudo haber tenido lugar la proyección del filme con las precauciones que el cine había tomado; y en tercer lugar, pudo haberse permitido dicha proyección en el programa nocturno tardío, sin mayores restricciones. Es decisiva la cuestión de cuál de las tres medidas de protección era proporcional *stricto sensu*, ya que combinaba mejor los mencionados tres puntos de vista que debían considerarse.

La primera de tales medidas, la incautación de la película, representaba una intervención grave en el derecho del actor a la libre expresión,²⁰⁴ y al mismo tiempo protegía de manera efectiva los sentimientos religiosos de la población, al impedir completamente la proyección del filme. No obstante, el aumento del menoscabo de los sentimientos religiosos de la población habría sido comparativamente reducido si se hubiera adoptado la siguiente de las posibles medidas de protección, que era sólo algo menos protectora.

Esta consideración muestra lo siguiente: la renuncia a la incautación significaba sólo un grado relativamente escaso de desprotección para el derecho a una acción positiva. De ahí que la primera medida imaginable, la incautación, no haya sido proporcionada en sentido estricto; ella intervino de manera más grave en el derecho del actor, mientras que su cambio por una medida menos protectora habría significado sólo un mínimo incremento del menoscabo de los sentimientos religiosos que debían protegerse. Precisamente a esto se refirieron los jueces disidentes:

The need for repressive action amounting to complete prevention of the exercise of freedom of expression can only be accepted if the behavior concerned reaches so high a level of abuse, and comes so close to a denial of the freedom of religion of others, as to forfeit for itself the right to be tolerated by society.²⁰⁵

²⁰⁴ Véase el análisis efectuado *supra*, nota 195.

²⁰⁵ *Supra*, nota 201. “La necesidad de una acción represiva que impida por completo el ejercicio de la libertad de expresión sólo podría aceptarse si la con-

La tercera medida de protección imaginable, la proyección de la película en una representación tardía sin mayores restricciones, interviene sólo levemente en el derecho del actor; pero al mismo tiempo comprende sólo una reducida protección para los sentimientos religiosos de la población, ya que es cierto que el filme se proyectaría tarde, pero sin precauciones tutelares adicionales. Además, significaba la aplicación de una cuarta medida, aún menos protectora, un alto detrimento de los sentimientos religiosos de la población: la renuncia a esta tercera medida originaba por consiguiente un alto grado de desprotección para el derecho a una acción positiva; por ello, la tercera medida tampoco era proporcional *stricto sensu*. La renuncia a una tercera medida de protección, acompañada de la aplicación de una cuarta menos protectora, originaba una grave desprotección, mientras que habría a la vez sólo una intervención más leve en el derecho del actor.

También la segunda medida de protección, la autorización de la proyección de la película bajo las amplias precauciones que adoptó el cine, interviene en el derecho del actor; empero, la intervención es mucho menos intensa que una incautación. Por otro lado, la protección de los sentimientos religiosos no es a decir verdad tan efectiva como incautar el filme, aunque sí más que una proyección con menos restricciones. Al mismo tiempo, la aplicación de una medida menos protectora, como por ejemplo la tercera señalada, no habría conducido a un elevado ascenso del perjuicio a los sentimientos religiosos, y con ello tampoco a una alta desprotección. Resulta por tanto que la tercera medida de protección era la única proporcionada en sentido estricto; aunque sin una justificación elaborada, los jueces que se apartaron de la decisión mayoritaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también reconocieron lo anterior: “The Austrian

ducta relativa alcanzara un nivel tan alto de abuso, y se aproximara tanto a una negación de la libertad religiosa de otros, como para perder por sí misma el derecho a ser tolerada por la sociedad”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]

authorities thus had available to them, and actually made use of, a possibility less restrictive than seizure of the film to prevent any unwarranted offence”.²⁰⁶

Debe admitirse que para analizarlo, se simplificó el caso discutido. Pueden pensarse medidas de protección adicionales que aquí no se discutieron; éstas habrían elevado la complejidad de nuestro estudio. Además, el análisis integral depende también de la justificación externa de los valores y jerarquizaciones que deben considerarse en la ponderación, o sea, de argumentos prácticos generales. Esta justificación externa podría contener cuestiones estimativas difíciles y complicadas, y nuevamente ascendería la complejidad del análisis. Sin embargo, es cometido de los tribunales exponer precisamente el tipo de justificaciones internas y externas que mostramos aquí, al tener que decidir sobre la posible vulneración de un derecho de protección.

VII. NOTA FINAL

Nuestro análisis demostró que los problemas del caso pueden ser resueltos satisfactoriamente con la aplicación del principio de proporcionalidad. Éste tiene un efecto que estructura y racionaliza la argumentación jurídica. Las consideraciones que concierne a la necesidad y a la ponderación, que el tribunal confundió, pueden tratarse separada y abiertamente. Con lo anterior se eleva la racionalidad, la comprensibilidad y la justicia de la decisión.

²⁰⁶ *Otto-Preminger-Institut, cit.*, nota 155, voto de minoría, § 10 (“Las autoridades austriacas tuvieron así a su disposición, y efectivamente hicieron uso de, una posibilidad menos restrictiva que la incautación de la película para impedir cualquier ofensa no garantizada”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

CONCLUSIONES

Primera. La aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación no privan a los derechos fundamentales de su fuerza efectiva. Por el contrario, el principio de proporcionalidad y el instrumento metódico de la ponderación son los mejores medios disponibles para resolver complejas y difíciles colisiones de los derechos fundamentales con otros principios. La jurisprudencia iusfundamental se basa necesariamente en ponderaciones, y el principio de proporcionalidad brinda para ello la mejor estructura de decisión existente.²⁰⁷

Segunda. Refutamos cinco objeciones al principio de proporcionalidad. Contra un entendimiento de los derechos fundamentales como intereses puros, esbozamos un modelo iusfundamental que concede a estos derechos una doble posición de primacía en el marco del examen de proporcionalidad. A través de él pusimos el principio de proporcionalidad en consonancia con la idea de que los derechos fundamentales son *trumps*, *side constraints* o *firewalls*. Con lo anterior se obtuvo un estándar flexible para aplicar los derechos fundamentales, que posibilita el equilibrio entre ellos y los intereses públicos sin un inconveniente descuido de la protección de los primeros.

Tercera. En cuanto a la relación entre la ponderación y los argumentos morales, mostramos con ayuda de la tesis del caso especial que la argumentación moral necesariamente se contie-

²⁰⁷ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *All Things in Proportion?* *American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, documento de trabajo, 2010, p. 5 (Aparentemente, este documento de trabajo se publicó, quizá en una versión depurada y más elaborada, en *Emory Law Journal*, Atlanta, vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 799-875, <http://bit.ly/RzWQmg> [N. del T.]).

ne en toda ponderación. Las ponderaciones no son moralmente neutrales; en una correcta realización de la ponderación más bien se reconocería que los argumentos morales son inevitables. El modelo de ponderación que distingue entre la justificación interna y la externa expone con claridad qué influencia tiene la argumentación moral en la decisión jurídica.

Cuarta. Sobre la objeción de la inconmensurabilidad explicamos que ninguna de sus dos variantes son convincentes: con respecto a una, las ponderaciones no se basan en que se asignen valores matemáticamente exactos; y en relación con la otra, no existe peligro de que los principios cuantificables sean preferidos a otro. Ya que una tesis débil de la inconmensurabilidad no desconoce que mediante una argumentación moral pueden establecerse preferencias entre principios, y que la ponderación contiene argumentos morales, dicha tesis débil no puede quitar fuerza al modelo de la ponderación. Además, mostramos que aunque este modelo defiende una vinculación entre las argumentaciones jurídica y moral, es moralmente neutral en el sentido de que no se basa en una determinada teoría moral.

Quinta. Desarrollamos numerosos argumentos a favor de la preferencia por las definiciones amplias de los derechos fundamentales antes que por las estrechas. Puesto que el concepto de la ponderación se halla en aptitud de asignar a cada consideración el peso adecuado, no procede excluir desde el inicio determinadas consideraciones a nivel del ámbito de protección iusfundamental mediante una definición estrecha.

Sexta. Finalmente, representamos las ventajas del principio de proporcionalidad en el marco de una aplicación jurídica concreta, de la mano del análisis de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Con ello se aclaró que los problemas del caso pueden resolverse con ayuda del principio de proporcionalidad, y que la aplicación concreta de este principio tiene una influencia que estructura y racionaliza la decisión jurídica. Las consideraciones sobre la ne-

cesidad y la ponderación, que el Tribunal confundió, pueden ser tratadas separada y abiertamente.

Séptima. En conjunto, el principio de proporcionalidad garantiza con lo anterior la mejor ponderación posible de los derechos fundamentales con otros derechos e intereses.²⁰⁸ Este principio es indispensable para dar con diferenciaciones analíticas que ayuden a revelar los aspectos decisivos de cada caso. Él hace posible una argumentación con sustancia. En tanto el principio de proporcionalidad otorga cuerpo a estándares fundamentales de racionalidad,²⁰⁹ es un “*very powerful rational instrument*”.²¹⁰ Concluimos por consiguiente con la tesis de que el principio de proporcionalidad debe tener un papel importante en el lenguaje unitario de un constitucionalismo global.²¹¹

²⁰⁸ Rivers, *op. cit.*, nota 9, p. 176.

²⁰⁹ Borowski, *op. cit.*, nota 15, p. 210.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 232.

²¹¹ *Cfr.* Cohen-Eliya y Porat, *op. cit.*, nota 5, p. 466.

FUENTES DOCTRINALES

- AFONSO DA SILVA, Virgílio, “Der Vergleich des Inkommensurablen”, trad. de Shino Ibold, en KLATT, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 236-270.
- ALENIKOFF, T. Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 96, 1987, pp. 943-1005.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994 (trad. de Carlos Bernal Pulido: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).
- , *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001 (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).
- , “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 4, diciembre de 2003.
- , “Die Gewichtsformel”, en JICKEL, Joachim, Peter KREUTZ y Dieter REUTER (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnen-schein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 771-792 (trad. de Carlos Bernal Pulido: “La fórmula del peso”, en ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 349-374; y en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42,

<http://bit.ly/2c5bsKx>;* trad. inglesa de Bartosz Brozek y Stanley L. Paulson: “The Weight Formula”, en STELMACH, Jerzy, Bartosz BROZEK y Wojciech ZALUSKI (eds.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Cracovia, Jagiellonian University Press, 2007, pp. 9-27).

- , “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 131-140 (originalmente: “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, 2002, pp. 113-125; trad. de Rubén Sánchez Gil: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 3-13).
- , “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en SCHLIESKY, Utz, Christian ERNST y Sönke E. SCHULZ (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, pp. 3-15.
- , “Die Doppelnatur des Rechts”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 50, núm. 3, julio de 2011, pp. 389-404.
- , “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 12, núm. 4, diciembre de 1999, pp. 374-384.
- , “Justification and Application of Norms”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, pp. 157-170.

* Esta misma versión se incluye también en los siguientes volúmenes coordinados por Miguel Carbonell: *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-CEDHA, 2008; *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010 (coordinado junto con Pedro P. Grández Castro); y *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2010 (N. del T.).

- , “Legal Philosophy: 5 Questions”, en NIELSEN, Morten Ebbe Juul (ed.), *Legal Philosophy: 5 Questions*, Copenhagen, Automatic Press-VIP, 2007, pp. 1-11.
- , “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 3, núm. 1, julio de 2009, pp. 1-17.
- , “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 3, núm. 4, octubre de 2005, pp. 572-581.
- BARRY, Brian M., *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*, Berkeley, University of California Press, 1990.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (ed.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1991, pp. 159-199.
- BOROWSKI, Martin, “Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 199-240.
- CHANG, Ruth, “Introduction”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1997, pp. 1-34.
- CLAYTON, Richard, “Regaining a Sense of Proportion: The Human Rights Act and the Proportionality Principle”, *European Human Rights Law Review*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 5, 2001, pp. 504-525.
- , “Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review”, *Judicial Review*, Oxford, Hart, vol. 7, núm. 2, junio de 2002, pp. 124-136.

- COFFIN, Frank M., “Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 63, 1988, pp. 16-42.
- COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Estados Unidos, Universidad de Michigan, Escuela de Derecho, vol. 59, núm. 2, primavera de 2011, pp. 463-490.
- y PORAT, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 263-286.
- DENNINGER, Erhard, “Polizei und demokratische Politik”, *Juristenzeitung*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Siebeck), año 27, 1970, pp. 145-152.
- DWARS, Ingrid, “Application Discourse and the Special Case-Thesis”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 5, núm. 1, marzo de 1992, pp. 67-78.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1979 (trad. de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012).
- , *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1996 (trad. de Imer B. Flores del capítulo citado en el presente estudio: “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 3-52).
- EMILIOU, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Londres, Kluwer, 1996.
- FINNIS, John, “Natural Law and Legal Reasoning”, en GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 134-157.

- FISCHER-LESCANO, Andreas, “Kritik der praktischen Konkordanz”, *Kritische Justiz*, Baden-Baden, Nomos, año 41, núm. 2, 2008, pp. 166-177.
- FRANCK, Thomas M., “Proportionality in International Law”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 231-242.
- GERARDS, Janneke y SENDEN, Hanneke, “The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 4, octubre de 2009, pp. 619-653.
- GREER, Steven, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, R. U., Universidad de Cambridge, vol. 63, núm. 2, 18 de junio de 2004, pp. 412-434.
- , *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2006.
- GRIFFIN, James, “Incommensurability: What’s the Problem?”, en CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1997, pp. 35-51.
- GÜNTHER, Klaus, “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, pp. 143-156.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1992 (trad. de William Rehg: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Estados Unidos, MIT Press, 1996; trad. de Manuel Jiménez Redondo: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2010).

- HARBO, Tor-Inge, “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, *European Law Journal*, vol. 16, núm. 2, marzo de 2010, pp. 158-185.
- HICKMAN, Tom, “Proportionality: Comparative Law Lessons”, *Judicial Review*, Oxford, Hart, vol. 12, núm. 1, marzo de 2007, pp. 31-55.
- , “The Substance and the Structure of Proportionality”, *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 4, 2008, pp. 694-716.
- HILLGRUBER, Christian, “Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren”, *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 66, 2011, pp. 861-871.
- HÖFLING, Wolfram, “Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts”, en MUCKEL, Stefan (ed.), *Kirche und Religion im sozialen Staat. Festschrift für Wolfgang Riefner zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 329-340.
- , *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987.
- HUBER, Peter M., “Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?”, *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 58, 2003, pp. 290-297.
- JANS, Jan Hendrik *et al.* (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007.
- JESTAEDT, Matthias, “The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 152-172.
- KAHL, Wolfgang, “Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tu-

binga, Mohr Siebeck, vol. 131, núm. 4, octubre de 2006, pp. 579-620.

- , “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 43, núm. 2, febrero de 2004, pp. 167-202.
- KHOSLA, Madhav, “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A reply”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 298-306.
- KLATT, Matthias, “Schutzpflichten in der Europäischen Konvention für Menschenrechte”, en KLATT, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 34-61.
- y MEISTER, Moritz, “Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I·CON Controversy”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 687-708.
- y MEISTER, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- y SCHMIDT, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 10, núm. 1, enero de 2012, pp. 69-105.
- y SCHMIDT, Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2010.
- KLEMENT, Jan Henrik, “Common Law Thinking in German Jurisprudence. On Alexy’s Principles Theory”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 173-200.
- KOSKENNIEMI, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 1990, pp. 4-32.

- KUMM, Matthias, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 142-175.
- , “Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, pp. 131-166.
- , “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on «A Theory of Constitutional Rights»”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 2, núm. 3, julio de 2004, pp. 574-596.
- LAW, David S., “Generic Constitutional Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2005, pp. 652-751.
- LERCHE, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia, Heymann, 1961.
- MARTINEAU, Anne Charlotte, “La technique du balancement par l’Organe d’appel de l’OMC (études de la justification dans les discours juridiques)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, núm. 4, 2007, pp. 991-1030.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- MCHARG, Aileen, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Modern Law Review*, Londres, London School of Economics, vol. 62, núm. 5, septiembre de 1999, pp. 671-696.
- MEISTER, Moritz, *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011.

- MERTEN, Detlef, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009, t. III, pp. 517-567.
- MISERA-LANG, Kathrin, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkungsvorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1999.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 709-731.
- MÖLLERS, Christoph, “Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C. H. Beck, núm. 28, 2005, pp. 709-731.
- NOLTE, Georg, “Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law”, *Law & Ethics of Human Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 245-255.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974.
- OSSENBÜHL, Fritz, “Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen – Aussprache”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 39, 1981, p. 189.
- PAVLAKOS, Georgios, “The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 2, núm. 2, junio de 1998, pp. 126-154.
- POSCHER, Ralf, “The Principles Theory. How Many Theories and What is Their Merit”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 218-247.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1972 (trad. de María Dolores González: *Teoría de la justicia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014).

- , *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993 (trad. de Sergio René Madero Báez: *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013).
- RIVERS, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, R. U., Universidad de Cambridge, vol. 65, núm. 1, 12 de marzo de 2006, pp. 174-207.
- , “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, en PAVLAKOS, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, pp. 167-188.
- , “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en TSAGOURIAS, Nicholas (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, R. U.-Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 107-132.
- , recensión de Grégoire C. N. Webber: “The Negotiable Constitution”, *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, núm. 1, 2011, pp. 213-217.
- RUSTEBERG, Benjamin, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009.
- SADURSKI, Wojciech, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2008.
- SAURER, Johannes, “Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 51, núm. 1, enero de 2012, pp. 3-33.
- SCHAUER, Frederick, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 307-316.
- , “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional

- Architecture”, en NOLTE, Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2005, pp. 49-69.
- , “The Exceptional First Amendment”, en IGNATIEFF, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 29-56.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Der Rechtsstaat”, en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2004, t. II, pp. 541-612.
- SCHWARZE, Jürgen, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2006.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, Universidad de Columbia, Escuela de Derecho, vol. 47, núm. 1, 2008, pp. 72-164.
- y MATHEWS, Jud, *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, documento de trabajo, 2010 (aparentemente publicado en *Emory Law Journal*, Atlanta, vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 799-875, <http://bit.ly/RzWQmg>).
- TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, pp. 468-493.
- , “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Rejoinder to Madhav Khosla”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 8, núm. 2, abril de 2010, pp. 307-310.
- VEEL, Paul-Erik N., “Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making”, *Law & Ethics of Human*

- Rights*, Berlín, De Gruyter, vol. 4, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 177-228.
- VON ARNAULD, Andreas, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- VON BOGDANDY, Armin, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, Alphen del Rin, Kluwer-Universidad de Leiden, vol. 37, núm. 6, 2000, pp. 1307-1338.
- WALDRON, Jeremy, "Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal*, Hastings, Estados Unidos, Universidad de California, Colegio de Derecho en Hastings, vol. 45, 1993-1994, pp. 813-824.
- WEBBER, Grégoire, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Londres, Ontario, Universidad de Ontario Occidental, Facultad de Derecho, vol. 23, 2010, pp. 179-202.
- , *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2009.
- WEISS, Wolfgang, reseña de Benjamin Rusteberg: "Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 134, núm. 4, octubre de 2009, pp. 619-622.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Sillogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 33-46.
- ZUCCA, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2007.

ACERCA DE LOS AUTORES

MATTHIAS KLATT (Hannover, 1973)

Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad Karl-Franzens de Graz, Austria. Desde 2015 dirige el departamento Graz Jurisprudence en la misma universidad. Previamente enseñó Derecho público y Teoría del derecho en las universidades de Hamburgo y Humboldt de Berlín.

Realizó estudios de derecho en la Universidad Georg-August de Gotinga y en la Universidad Ludwig-Maximilians de Múnich. Obtuvo el grado de doctor en derecho en la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, bajo la dirección del profesor Robert Alexy. Entre 2004 y 2005 fue abogado asistente en el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Entre otros, es autor de *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* (2008); *The Constitutional Structure of Proportionality* (con Moritz Meister, 2012), y *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen* (2014). Además, ha publicado más de una veintena de artículos en revistas y libros especializados.

Sus líneas de investigación se enfocan a la teoría general del derecho, la argumentación jurídica y los derechos fundamentales.

MORITZ MEISTER (Heidelberg, 1982)

Realizó estudios de derecho en la Universidad de Bayreuth, Alemania, donde además obtuvo un grado adicional en Negocios y Economía. Se doctoró en la Universidad de Hamburgo bajo la dirección del profesor Matthias Klatt. Trabajó como abogado asistente en el Tribunal Regional Superior de Hamburgo. Actualmen-

te se desempeña como asociado en la firma jurídica Wendelstein LLP de Fráncfort del Meno.

Autor de *Das System des Freiheitschutzes im Grundgesetz* (2011) y *The Constitutional Structure of Proportionality* (con Matthias Klatt, 2012); y de los artículos “Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I·CON Controversy” (2012) y “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus” (2012), ambos en colaboración con Matthias Klatt.

TRADUCTOR

RUBÉN SÁNCHEZ GIL (Mérida, Yucatán, 1975)

Doctor en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM. Especialista en Derecho constitucional y administrativo por la misma institución. Licenciado en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán (UADY).

Realizó estancias en la Universidad de Bayreuth, Alemania, y en la Universidad de La Coruña, España, bajo la respectiva supervisión de los profesores Peter Häberle y Pedro Serna Bermúdez. Ha enseñado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM, en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y en otras instituciones.

Es autor, entre otros trabajos, de *El principio de proporcionalidad* (2007); *Escritos procesales constitucionales* (2012), y *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo* (con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 9a. ed., 2016).

Actualmente es profesor en la Facultad de Derecho de la UADY, formando parte de su Centro de Investigaciones Jurídicas; y también Investigador Nacional, nivel I, del Sistema Nacional de Investigadores.

La proporcionalidad como principio constitucional universal, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de enero de 2017 en los talleres de Impresora Gráfica Hernández, S. A. de C. V., Cordobanes 369, colonia Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700 Estado de México. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 1,000 ejemplares (impresión *offset*).